



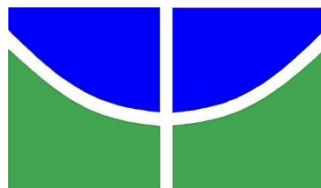
**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**O PRIMADO DA IGUALDADE JURÍDICA E O DIREITO FUNDAMENTAL À
PROTEÇÃO DA CRIANÇA DIANTE DAS QUESTÕES DE PRORROGAÇÃO DA
LICENÇA-MATERNIDADE**

KAREN LÚCIA BRAGA CAMPOS

BRASÍLIA

2014



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**O PRIMADO DA IGUALDADE JURÍDICA E O DIREITO FUNDAMENTAL À
PROTEÇÃO DA CRIANÇA DIANTE DAS QUESTÕES DE PRORROGAÇÃO DA
LICENÇA-MATERNIDADE**

KAREN LÚCIA BRAGA CAMPOS

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como exigência parcial para obtenção do grau
de bacharelado em Direito, na Universidade de
Brasília, sob orientação da Professora Noêmia
Aparecida Garcia Porto.

BRASÍLIA

2014

KAREN LÚCIA BRAGA CAMPOS

**O PRIMADO DA IGUALDADE JURÍDICA E O DIREITO FUNDAMENTAL À
PROTEÇÃO DA CRIANÇA DIANTE DAS QUESTÕES DE PRORROGAÇÃO DA
LICENÇA-MATERNIDADE**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como exigência parcial para obtenção do grau
de bacharelado em Direito, na Universidade de
Brasília, sob orientação da Professora Noêmia
Aparecida Garcia Porto.

Data da defesa: 08 de dezembro de 2014.

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Orientadora e Prof^a.: Noêmia Aparecida Garcia Porto

Prof.: Gustavo Carvalho Chehab

Prof.: Paulo Henrique Blair de Oliveira

*Àquele que É.
Alfa e ômega.
Primeiro e Derradeiro.
Princípio e Fim.*

AGRADECIMENTOS

Nesse momento de olhar para trás e se encher de gratidão, preciso expressar meu profundos e sinceros agradecimentos às pessoas que fizeram parte dessa jornada de graduação e tornaram esse trabalho de conclusão de curso possível.

De imediato, o leitor não estaria lendo essas linhas sem a dedicação, a disposição e os notórios conhecimentos da pessoa que primeiro acreditou no potencial dessa pesquisa, a orientadora Noêmia Porto.

Contudo, essa vitória não seria nada se não fossem dos seus criadores, meus pais, Jaqueline e Ronaldo, e minha mãe-avó, Maria Dalva.

Por sua especial inspiração e futuro desse trabalho, agradeço àqueles a quem dedico a existência da ideia desse trabalho, meus irmãos, Joaquim e Maria Luísa.

Por sua paciência, ouvidos sempre disponíveis, companhia e amor dispensados a mim nesses últimos cinco anos de curso de Direito, estendo meus agradecimentos a Marcus Vieira.

À amiga que tornou esse caminho muito mais agradável, feliz e divertido, Kamilla Prado.

Por fim, agradeço a todos os professores, amigos e familiares, não menos importantes, que por número incomensurável não pude citar aqui.

“Pois toda a Lei se resume num só
mandamento, a saber: “Amarás o teu
próximo como a ti mesmo”.”.

(Gálatas 5, 14).

RESUMO

Esse trabalho tem por objetivo responder ao questionamento de sobre se seria juridicamente possível a prorrogação da licença-maternidade em razão do recém-nascido com deficiência. Para isso, através do estudo de casos relevantes selecionados e revisão bibliográfica, são discutidas a natureza jurídica da licença e suas implicações de gênero no mundo do trabalho e na família. Concomitantemente, é feito um estudo sobre os direitos das crianças e das pessoas com deficiência. A conclusão é de que não só é possível como é mandatória a prorrogação frente ao princípio da igualdade, à concepção de integridade do direito e à finalidade de proteção da criança através da licença, independentemente de gênero do cuidador ainda que essa seja uma realidade muito distante na pauta de discussões do direito brasileiro.

Palavras-chaves: Licença-maternidade; prorrogação; criança com deficiência.

ABSTRACT

This study aims to answer the question of whether it would be legally possible the extension of maternity leave due to the newborn with disabilities. For this, through the study of selected relevant cases and literature review are discussed the legal nature of the license and its gender implications in the workplace and in the family. At the same time, a study is made on the rights of children and people with disabilities. The conclusion is that it is not only possible but mandatory allow the extension due to the principle of equality, the integrity of the law and child protection purpose by that license, regardless of the caregiver gender even though this is a very distant reality on the agenda of the Brazilian law discussions.

Keywords: Maternity leave; extension; child with disability.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
<u>CAPÍTULO I - A LICENÇA-MATERNIDADE E A PROTEÇÃO AO DESENVOLVIMENTO INFANTIL</u>	13
1. BREVES NOÇÕES SOBRE A LICENÇA-MATERNIDADE	13
2. O ESTADO ARTE DA LICENÇA-MATERNIDADE	17
3. PROTEÇÃO E CUIDADO COM A CRIANÇA DURANTE A LICENÇA-MATERNIDADE	25
<u>CAPÍTULO II – A LICENÇA-MATERNIDADE E A IGUALDADE DE GÊNERO</u>	29
1. O IMPACTO DA LICENÇA MATERNIDADE PARA A MULHER	29
2. GÊNERO E CUIDADO FAMILIAR	34
3. AS LICENÇAS FAMILIARES DENTRO DA PERSPECTIVA DE DIREITOS DE CONCILIAÇÃO ENTRE FAMÍLIA E TRABALHO NO CONTEXTO PORTUGUÊS	42
4. INADEQUAÇÃO DO TERMO “LICENÇA-MATERNIDADE”	47
<u>CAPÍTULO III - O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A PRORROGAÇÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE EM RAZÃO DA DEFICIÊNCIA DA CRIANÇA</u>	52
1. OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	52
2. ESTUDO DO CASO PARADIGMA	59
<u>CONSIDERAÇÕES FINAIS</u>	65
<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	69

1. INTRODUÇÃO

A origem da pergunta desse trabalho de conclusão de curso de graduação encontra estopim em matéria publicada em vários jornais eletrônicos. A informação veiculada era de que uma mãe de trigêmeos teria obtido uma prorrogação de 3 meses para cuidar dos filhos em sede de tutela antecipada. Ao verificar o teor da decisão, ficou claro que o entendimento do magistrado se fundava na deficiência física de uma das crianças.

Muitas perguntas sucederam o conhecimento dessa decisão peculiar. E a presente monografia nasceu, então, para responder ao questionamento de se seria, de fato, juridicamente justificável e relevante, dentro do ordenamento brasileiro, uma prorrogação da licença-maternidade das mães de crianças com deficiência, para além da previsão legal. Resumindo, se essa decisão reflete uma inovação permitida e mandatória dentro de um contexto de integridade e de constitucionalização do Direito, se essa medida estaria de acordo com os preceitos de igualdade, proteção à maternidade, à família e à criança presentes na Carta de 1988.

Contudo, para responder às muitas perguntas que surgem à medida que se desenvolve o raciocínio a respeito do tema, é pertinente e necessário ultrapassar alguns entraves. Primeiramente, é preciso refletir a respeito do entendimento sobre o que é a licença-maternidade. Muito diferente de seu escopo inicial, uma série de decisões judiciais e materiais acadêmicos, mais intensamente produzidos nos últimos dez anos, vêm expandindo a discussão sobre o tema e afirmando que essa garantia trabalhista tem por finalidade precípua o cuidado com a criança.

Assim, agregando ao raciocínio de proteção à criança na licença o princípio constitucional da igualdade, chega-se a uma conclusão apressada de que recém-nascidos deficientes, que, na medida de suas necessidades, precisam de mais dedicação para seu desenvolvimento, fazem jus também, desse modo, de um tempo maior de suas mães dedicado a sua criação e cuidado muito específicos, já que fogem ao padrão de adaptação física e mental fora do útero de crianças normais utilizado como parâmetro da concessão dos 120 dias de afastamento do labor materno.

Contudo, ainda que seja lógico e verossímil o que se inferiu, surge outro problema impeditivo da prorrogação: a extensão temporal do afastamento da mulher

do trabalho pode acentuar exponencialmente a discriminação de gênero no mercado laboral. Isso é, se a própria licença-maternidade já não é em si discriminatória na medida em que confere um cuidado com a criança quase exclusivo da mulher. Tendo em vista que homens, em regra, não são titulares de tal licença, gozando apenas de 5 (cinco) dias de afastamento para cuidar da criança, a contar do nascimento ou adoção.

Pensando mais além, famílias não se constituem apenas de homem e mulher com seus filhos, dado o reconhecimento constitucional de 1988 e o entendimento de Supremo Tribunal Federal a respeito de famílias monoparentais, casais homoafetivos e paternidade afetiva. Desse modo, responder sobre a prorrogação da licença em virtude de necessidade especial de cuidado da criança passa também por uma discussão de gênero, orientação sexual e família.

Diante do exposto, para responder ao questionamento feito, a monografia parte de uma análise sobre a natureza jurídica da licença no Capítulo I. Narra-se como ela surgiu em um contexto de conquista dos direitos trabalhistas, como o Judiciário entendeu essa garantia em alguns casos, bem como de que maneira se posiciona a doutrina a respeito do problema. Dessa parte, então, ambiciona-se verificar se a proteção da criança passou a ser ou não o principal fundamento jurídico da licença-maternidade.

Tomando a conclusão dessa primeira parte do trabalho como premissa, é possível conduzir a linha de pensamento ao reconhecimento dos direitos da criança que permite que a licença-maternidade seja entendida juridicamente como o período de cuidados ao ser humano nos estágios iniciais de desenvolvimento, que, quando bem conduzidos, oportunizam uma vida adulta mais saudável e produtiva.

No Capítulo II, sequencialmente, trata-se do problema jurídico com reflexos políticos que permeia a prorrogação da licença-maternidade em casos excepcionais: o preconceito de gênero. Será realizado um estudo mais aprofundado sobre a mulher no mercado de trabalho e a desigualdade de condições que lhe acompanha proporcionadas por uma ideologia patriarcal e tradicionalista ainda chancelada pelo Estado brasileiro. Com essa breve explicação, tenciona-se demonstrar, a partir de uma concepção do Estado Democrático de Direito, se são necessárias mudanças jurídicas a respeito da concessão e visão sobre a referida licença. E, por decorrência, será abordado o impacto das novas relações familiares e laborais sobre a licença, seja judicial ou administrativamente, se ela é ou deve ser um atributo

feminino exclusivo, e uma breve descrição comparativa com o que ocorre em países que já discutem o tema há algum tempo, como é o caso de Portugal. E é, por isso, que outras decisões, que não a paradigma desse trabalho, também deverão ser exploradas. Por fim, será necessário declarar a adequação ou não do próprio nome “licença-maternidade”.

Em último plano, no Capítulo III, com o espaço aberto por esse novo entendimento jurisprudencial e doutrinário, estuda-se a decisão inédita de prorrogação do período de afastamento do trabalho de uma mãe de criança portadora de deficiência física. Importante nesse tópico será analisar a decisão em seus fundamentos e os argumentos outros que ali poderiam estar ou não contidos, apropriando-se, sucintamente, da teoria interpretativa do direito e do conceito de integridade de Ronald Dworkin. E, indo mais além, aprofundar o estudo sobre a relação entre a igualdade e a deficiência. Note-se que o próprio termo “deficiência” precisará de um tópico de explicação apartado já que constitui-se termo não-unívoco.

Antes do início das tarefas elencadas, é necessário justificar a metodologia escolhida para o presente trabalho. A opção se deu por um modelo de análise qualitativa de documentos, ou seja, um debruçar-se sobre o estudo de fundamento e finalidade contido em peças escritas.

Os documentos selecionados constituem-se em artigos e livros de autores das mais diversas áreas pertinentes ao tema, que em maior número são juristas de variados ramos, e decisões judiciais. Essas últimas foram incluídas já que têm ganhado relevo na pesquisa jurídica nacional. O levantamento de dados feito a partir delas permite inferências que conectam o mundo do direito à problemática dos fatos sociais e políticos, e ilustram bem a complexidade dessa relação, como afirma Ximenes (2011, p.10):

As decisões emitidas pelo Poder Judiciário podem ser uma interessante fonte de dados para o pesquisador. Isto porque é uma mensagem que além dos significados estritamente jurídicos, que atendem aos requisitos processuais exigidos para a manifestação do juiz, permite inferir outros sentidos, como tendências do posicionamento doutrinário, visões de mundo (ideologias), compreensões quanto a temas complexos como Estado, relação entre poderes, papel do Poder Judiciário, legitimidade democrática, enfim, temas caros a marco teóricos científicos no Direito.

Para um tema, então, muito ligado ao mundo fenomênico, não haveria melhor escolha metodológica.

Inicialmente, foram pesquisadas decisões judiciais que pudessem ser consideradas relevantes para a análise do objeto traçado para a investigação, ou seja, extensão do benefício concedido em face da deficiência da criança. Todavia a pesquisa relevou que são raras tais hipóteses de apreciação judiciária, o que provavelmente indica certo confinamento da licença à sua perspectiva tradicional, tanto quanto ao prazo quanto à sua destinação. Por isso, apareceram como relevantes aqueles pronunciamentos judiciais que, ainda que eventualmente inespecíficos quanto à deficiência, ganharam certa projeção ou discussão no mundo jurídico e podem auxiliar na análise crítica dos elementos pertinentes a tal benefício constitucional.

Destaque-se ainda que as decisões serão apresentadas à medida que a progressão lógica da narração dos problemas for se desenvolvendo para evitar um capítulo a parte de descrição dos casos que restariam muito distantes de sua pertinência temática.

Nas páginas seguintes, em suma, serão abordados problemas atuais e inquietantes no plano da justificação jurídico-constitucional da concessão da licença-maternidade para, por exemplo, casais homossexuais, pais solteiros, viúvos, etc, com direta implicação no caso paradigma para, ao fim, conseguir responder ao problema proposto.

CAPÍTULO I - A LICENÇA-MATERNIDADE E A PROTEÇÃO AO DESENVOLVIMENTO INFANTIL

1. BREVES NOÇÕES SOBRE A LICENÇA-MATERNIDADE

No presente tópico não se tenciona esgotar um relato a respeito da origem ou da história de evolução da licença-maternidade no Brasil ou no mundo por restar informação desnecessária ao objeto de trabalho. Pretende-se aqui pincelar os pontos mais relevantes de tempos idos que refletem como se concebeu a sua natureza, com a finalidade de se fazer um paralelo de contexto com a atual compreensão. É preciso, desse modo, começar falando sobre as circunstâncias do trabalho feminino, pois o assunto é umbilicalmente ligado e não sobrevive separadamente sem esse panorama. A narração será sequenciada cronologicamente, mesclando-se os marcos do plano interno e internacional.

Acompanhando uma tendência da abordagem da dogmática trabalhista, o reconhecimento da relação de trabalho como objeto de estudo começa no século XVIII com a Revolução Industrial. No início desse fenômeno a mulher era considerada, juntamente com as crianças, “meia-força” de trabalho. Laborava uma jornada que variava entre 12 a 16h e recebia um salário cerca de 30% mais baixo que os homens, às vezes, para exercer as mesmas pesadas atividades em indústrias têxteis e minas de carvão (BACHUR; MANSO, 2011, p. 21). Contudo, não havia direitos reconhecidos para nenhuma classe de trabalhadores.

Assim, três conclusões podem ser tiradas dessa fase. A primeira é que a presença de mulheres no mercado de trabalho, ao lado de homens, agravava a situação de desemprego ao aumentar a oferta da força operária. Em consequência, o salário médio era forçado a um patamar reduzido. E, por fim, que os homens excluídos do trabalho pela mão de obra feminina subvalorizada ficavam, muitas vezes, a cargo do serviço doméstico (BACHUR; MANSO, 2011, p. 22).

Tendo em vista as formas degradantes de emprego e exploração da força de trabalho humana da época, por viger uma visão de mundo liberalista e altamente

exclusiva, a Inglaterra¹, primeiramente, no centro dos acontecimentos, seguida da França, numa guinada sobre o pensamento ideológico-filosófico a respeito do trabalho, começou a editar normas de proteção aos trabalhadores, ainda que timidamente.

Começa, assim, um período denominado por Calil (2000) como protetivo na história do trabalho feminino, pois começaram a ser promulgadas leis que vedavam a presença de mulheres em determinados setores industriais e períodos laborais e garantiam a recuperação física após o parto.

No Brasil, o primeiro sinal dessa mudança veio apenas em 1912, quando se discutiu um projeto de código do trabalho e uma legislação específica para regular o trabalho da mulher. Nesse contexto, caso ficasse grávida, o período de licença-maternidade seria de 15 (quinze) a 25 (vinte e cinco) dias antes do parto e até 25 (vinte e cinco) dias depois. Assim que acabasse a licença-maternidade era assegurada a volta ao emprego (BACHUR; MANSO, 2011, p. 24).

Mas, Calil (2000, p.30) afirma, foi, efetivamente, a Lei estadual nº 1.596, de 29 de dezembro de 1917, a primeira concretização de proteção ao trabalho da mulher, que instituiu o Serviço Sanitário do Estado de São Paulo e proibiu o trabalho de mulheres em estabelecimentos industriais no último mês de gravidez e no primeiro puerpério.

Contrariamente ao que se pode pensar sobre uma tentativa de proteger a mulher no emprego, essas normativas refletem, na verdade, uma acentuação da discriminação de gênero tomando por base a maternidade e um papel feminino majoritariamente doméstico.

A fase protetora do trabalho feminino foi marcada pela elaboração de Convenções e Recomendações sobre maternidade, trabalho noturno, insalubre, perigoso, duração do trabalho, trabalho manual e habitual com cargas, segurança e higiene do trabalho, enfim, *regras destinadas a preservar a reprodução da espécie pela mulher, e assegurar-lhe condições para cumprir as obrigações familiares.* (grifo não original) (NASCIMENTO, 1996, p. 18)

¹ “Na Inglaterra, centro industrial e maior potência mundial, foi publicado em 1842 o “*Coal Mining Act*”, lei que proibia o trabalho da mulher em subterrâneos; em 1844, o “*Factory Act*”, que reduzia a jornada de trabalho para doze horas e vedava às mulheres o trabalho noturno; em 1878, o “*Factory and Workshop Act*”, que fixava a carga semanal feminina em 55 horas e meia na indústria têxtil e em 60 horas nas outras fábricas, excluindo o domingo.” (PRONI, 2013, p.21)

Situe-se que em 1916 um novo Código Civil entrava em vigor, que considerava a mulher casada relativamente incapaz, equiparando-a aos menores entre 16 e 21 anos, aos pródigos e aos silvícolas. O Código atribuía à mulher um dever de obediência ao marido, sendo esse último quem a autorizava a trabalhar fora, por disposição dessa lei. A mulher constituía-se, reconhecidamente pelo Estado, nesses termos, como obrigada aos trabalhos domésticos e de cuidado dos filhos.

Desse modo, as disposições internacionais e nacionais que se seguiram para proteger a maternidade têm como base essa forma de conceber o mundo. Ao regulamentar as garantias do trabalho feminino assegurava-se o pensamento de que elas eram responsáveis também pela jornada de labor dentro de casa.

A Convenção nº 3 da OIT de 1919 é a primeira norma internacional acerca da proteção ao trabalho da mulher. Nela a licença seria de 6 semanas antes e depois do parto, sendo o segundo período obrigatório mediante atestado médico. Havia previsão de garantia do emprego, impossibilidade de demissão e ineficácia do aviso prévio no período de gravidez e licença, assistência econômica à maternidade e medidas facilitadoras para amamentação. Dessa maneira, buscava-se proteger a mulher na gravidez para que não viesse a prejudicar o nascimento do filho (BARROS, 2013, p.855-856). Assim, não poderia, por exemplo, exercer atividades que demandassem esforço físico ou trabalhos penosos, o que, em tal hipótese, correria risco de interrupção da gravidez de forma involuntária. Surge, então, uma das primeiras ideias sobre a proteção à infância através da licença-maternidade.

O Decreto nº 21.417-A, 17 de maio de 1932, fixou descanso obrigatório de 28 dias antes do parto; ao término do período de afastamento havia a garantia de volta ao trabalho na mesma função exercida anteriormente; ser afastada das atividades incompatíveis com a gravidez; não ser dispensada sem justa causa durante a gravidez; em caso de aborto, garantiam-se 2 semanas de repouso remunerado; amamentação durante o horário de trabalho em dois intervalos de 30 minutos por 6 meses; proibição de trabalhos insalubres ou perigosos.

Nota-se que, em seguida, a Carta Constitucional brasileira de 1934, pela primeira vez no país, tratou constitucionalmente da maternidade, mas não foi expressa sobre a estabilidade da gestante e não fixou duração do respectivo período de repouso.

Já em 1943, nasce a Consolidação das Leis do Trabalho. Por ela ficaram, originalmente, proibidos os trabalhos da mulher grávida 6 semanas antes do parto e

6 semanas depois. Esse afastamento deveria ser determinado por atestado médico visado pelo empregador e poderia ser ampliado em mais duas semanas antes e após o parto devido a problemas de saúde da mulher, mediante comprovação médica.

Outra Convenção importante da Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi a de número 103 em 1952. Aqui as 12 semanas de licença são mais flexíveis, 6 são obrigatoriamente após o parto e o restante é opção da gestante. As enfermidades relacionadas ao período gravídico também podem alargar o prazo como previsto na CLT. Nesse mesmo documento, a OIT recomenda que o empregador não deve ficar pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas à mulher que emprega, no caso de licença-maternidade, com a finalidade de evitar discriminações de gênero em razão dessa condição peculiar que é a gravidez. Já a Convenção nº 183, também de 1952, amplia a recomendação para 14 semanas ou 98 dias.

No Brasil, há um salto nos anos 50 na empregabilidade de mulheres fruto de lutas feministas, conquista do direito ao voto. Nessa fase, o trabalho feminino que ainda era uma realidade apenas de mulheres de baixa renda começa a abrir espaço para ocupações mais sofisticadas, como professoras de primário. Apesar desse avanço, a mulher que trabalhava ainda era mal vista por ocupar um papel que não seria seu.

Outro salto ocorreu mais tarde nos anos 80 em virtude da crise econômica e das necessidades familiares que sobrevieram. “Nesse contexto, muitas mulheres foram obrigadas a procurar uma ocupação como meio de contribuir para a complementação da renda familiar, quando não supri-la integralmente, nos casos em que o chefe da família perdia seu emprego” (CALIL, 2000, p.54).

A próxima legislação que é importante mencionar é a Constituição de 1988 que inaugura uma nova fase do trabalho feminino e que possibilita também um novo olhar sobre a licença. Desse modo, é assunto para a seção seguinte.

Com a explanação breve e linear desse tópico sobre o que foi a licença-maternidade, demonstrou-se que ela não foi um direito imediato com a entrada das mulheres no mercado de trabalho. As primeiras concessões inclusive previam um tempo exíguo para recuperação corpórea da parturiente (28 dias). Apenas com o desenvolvimento da ideia de proteção dos trabalhadores, em especial das mulheres, é que esse tempo, juntamente com a estabilidade, começa a ser reconhecido,

alargado e protegido. Mas é também fácil notar como esse afastamento do trabalho em razão da maternidade foi justificado com discurso de papéis de gênero na vida privada; como o cuidado com a criança foi entendido como dever exclusivo da mulher e, assim, proporcionou ainda mais discriminação no emprego. A licença-maternidade, conclui-se, é, até esse período histórico, resultado de uma compreensão social da relação entre trabalho e um dever de cuidado materno com o recém-nascido.

Em suma, é possível, a partir do conhecimento desses fatos, avançar para uma discussão sobre como é entendida a licença nos últimos anos frente ao desenvolvimento das relações sociais e de trabalho.

2. O ESTADO ARTE DA LICENÇA-MATERNIDADE

A licença-maternidade, como um período de afastamento do labor, é um benefício de estatura constitucional diretamente ligado à realidade do trabalho, culmina inclusive na interrupção do contrato de trabalho. O Código de Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452/ 1943) assim dispõe:

Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

§ 1º A empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste.

§ 2º Os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico.

§ 3º Em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos neste artigo.

(BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Lei nº Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 20/11/14.)

Note-se que a redação desses preceitos é posterior à Constituição de 1988, e é a partir dela que eles devem ser compreendidos. A Constituição-cidadã inaugurou uma nova fase para a compreensão de muitos institutos. E, para a licença em estudo firmou no art. 7º, XVIII, pela primeira vez na história constitucional, expressamente o prazo a ser concedido à gestante.

Contudo, o conjunto constitucional e a interpretação harmônica e unitária de suas disposições obrigam um diálogo do capítulo dos direitos sociais com os arts. 226 e 227 do mesmo documento. Nele fica claro que a família tem especial proteção do Estado e a responsabilidade pela vida, saúde e alimentação da criança é conjuntamente da família, da sociedade e do Estado. É também imperativa análise conjunta do benefício com o fundamento da dignidade da pessoa humana na Carta Constitucional:

Os dizeres expressos nos objetivos e nos fundamentos da Constituição Federal de 1988 devem ser interpretadas para atender aos princípios fundamentais que norteiam uma existência digna para o ser humano na sociedade. Dessa forma, tem que se ter em mente que é para o bem-estar e para o respeito ao ser humano que o sistema previdenciário e trabalhista brasileiro devem se direcionar. É para garantir seu estado de bem viver, com o respaldo moral de poder assegurar a si e a família o sustento, a saúde, e o progresso material e espiritual contínuo e crescente, que deve voltar-se esse sistema. (BACHUR; MANSO, 2011, p.168)

Assim, em primeira linha, o nascimento de uma criança faz surgir e urgir um dever de proteção. Então, como consequência, esse compromisso constitucional de proteção à criança pode, deve e tem sido lido como o fundamento tutelado pela licença-maternidade. Como afirma Bachur e Manso (2011, p.114), “A licença-maternidade não busca apenas a recuperação após o parto, busca também a adaptação com a vida da trabalhadora com seu filho, para que possa acompanhar o seu desenvolvimento dando a afetividade entre mãe e filho.”.

Nesses termos, um giro de significado foi dado à licença. De um lapso temporal para recuperação física, passando por uma compreensão de trabalho e papel social da mulher, desde 1988 é imperativo reconhecer que o cuidado com o desenvolvimento e dignidade do ser humano nos estágios iniciais de sua vida é a causa justificante da licença em estudo.

Sob essa ótica, o direito constitucional à licença-maternidade, apesar de se referir expressamente à mulher mãe, objetiva a proteção da criança. É o bebê que ao nascer precisa de, pelo menos, 120 dias para adequar-se à vida fora do útero, necessitando, para isso, do genitor ou responsável que possa dedicar-lhe tempo e cuidado. (NASCIMENTO, 2012)

Confirmando o trecho acima, surgiram variados artigos e obras acadêmicas no país estimulando a propagação dessa tese: é a proteção à criança, o seu saudável desenvolvimento, que o Estado garante com afastamento da genitora do trabalho. E, mais do que trabalhos publicados, em 15 de abril de 2002, ficou evidente a compreensão que assume o Estado brasileiro com a publicação da Lei nº 10.421.

Dissociando a licença da gravidez e seus efeitos físicos e psicológicos na mulher, as adotantes passaram também a poder gozar desse afastamento para cuidar de seus filhos afetivos. A normativa acrescentou o art. 392-A à CLT e o art. 71-A à Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei nº 8.213/1991) prevendo três faixas temporais de licença (120, 60 e 30 dias) de acordo com a idade da criança adotada até 8 (oito) anos de idade. Inovação legislativa e proporcionalidade essas que podem confirmar-se como reveladoras de que são as necessidades infantis que determinam a concessão da licença-maternidade e seu período de gozo.

Sobre essa lei, fato interessante é que o legislador infraconstitucional não criou uma licença-adotante, mas aplicou a licença-maternidade também para casos de adoção. Revelou a visão que a maternidade não conhece distinção entre filho afetivo e filho biológico, como também é um mandamento da Carta de 1988 em seu art. 227, § 6º.

Decisões judiciais muito importantes e inovadoras começaram a fazer sequência na aplicação e consolidação da licença-maternidade como proteção ao desenvolvimento infantil. O que também é necessário ressaltar nos casos é uma progressão acidentada acerca da compreensão da licença-maternidade, cheia avanços e retrocessos, judiciais e legislativos, que demonstram uma narrativa cheia de “tensões”, algumas vezes mesmo, de contradições, e certamente não linear. A ementa abaixo, a título de exemplo, ilustra o conteúdo de direito fundamental que preenche o assunto.

ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA FEDERAL. ADOÇÃO. FILHO MENOR DE 1 (UM) ANO DE IDADE. LICENÇA-MATERNIDADE. PRAZO DE 120 (CENTO E VINTE) DIAS. ISONOMIA COM AS SERVIDORAS GESTANTES. ARTS. 6º E 227, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. - O art. 6º, caput da Lex Fundamental estabelece como um dos direitos sociais a proteção à maternidade e à infância. Já o art. 227, caput do texto constitucional prevê como um dos deveres da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito, dentre outras coisas, à convivência familiar; e o § 6º, do mesmo dispositivo reconhece a igualdade de direitos e qualificações entre os filhos havidos ou não do casamento ou por adoção, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. - Se a própria Constituição Federal assegura a proteção à

maternidade e à infância, tratando isonomicamente os filhos naturais e os adotivos, além de estabelecer como um dos deveres do Estado assegurar à criança o direito à convivência familiar, não há como se acolher a tese albergada no texto da Lei nº 8112/90 - arts. 207 e 210 - de que servidoras gestantes e adotantes devem ter direito à licença-maternidade com prazos diferenciados. - Se a lei propõe que uma mãe que gera seu próprio filho precisa de 120 (cento e vinte) dias para cuidar, mais de perto, dessa criança e, a partir daí, criar os laços de afeição e amor que une a família, deveria ter previsto a situação das mães adotantes que, com certeza, seja por motivos orgânicos ou mesmo psicológicos, precisam de muito mais tempo para se adaptarem à nova situação e para criarem essa relação de intimidade e cumplicidade com os filhos. - **Esse período de licença-maternidade, na verdade, não deve ser entendido apenas como um direito da mãe, mas, também, como um direito da criança de ter ao seu lado, durante, aproximadamente, 4 (quatro) meses, a presença de sua genitora, provendo-a não só das necessidades alimentares básicas decorrentes dos primeiros meses de vida, como também das psicológicas.** (grifo não original) (TRF-5 - MSTR: 95991 RN 0007271-94.2006.4.05.8400, Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena, Data de Julgamento: 07/12/2006, Primeira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 16/01/2007 - Página: 595 - Nº: 11 - Ano: 2007)

A jurisprudência caminhou, como demonstra a ementa, no sentido de equivaler a licença-maternidade de adotantes e mães biológicas temporalmente efetivando a real proteção constitucional visada por esse direito. Contudo, não houve desvinculação plena do fenômeno maternidade nem desvalorização do evento parto e puerpério da licença-maternidade, como demonstra o trecho negrito. Houve sim, com clareza, uma valorização dos mandamentos constitucionais de proteção social através de direitos trabalhistas.

Ressalte-se que esse entendimento não restou pacífico apesar de promissor². Todavia, em 2013, o legislador infraconstitucional pacificou a questão e equiparou o

² Como exemplo: "Ementa: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. LICENÇA À ADOTANTE E SUA PRORROGAÇÃO. PRETENSÃO DE QUE O PRAZO DA LICENÇA SE EQUIPARE AO PRAZO DA LICENÇA À GESTANTE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. [...] 2. Nos termos do art. 1º da Lei n. 12.016 /2009 e em conformidade com o art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça". 3. "Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração [...] o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazerem si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais" (Hely Lopes Meirelles, in "Mandado de Segurança", Malheiros Editores, 26ª Ed., p. 36-37). [...] 7. Servidora pública federal não tem direito líquido e certo de equiparar o prazo de licença à adotante ao da licença à gestante. 8. Recurso ordinário não provido". (STJ - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA RMS 33255 PE 2010/0212237-9 (STJ) Data de publicação: 08/06/2011)

prazo das licenças maternidade e “à adotante” na CLT, entre outras inovações, através da Lei nº 12.873.

Com o passar dos anos, outros casos interessantes complementaram e inovaram a perspectiva de discussão. Em 8 de fevereiro de 2012, em mandado de segurança com pedido de liminar impetrado na 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal³, servidor público do Departamento de Polícia Federal, teve seu pedido de concessão da licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade apreciado. O caso é uma das primeiras contradições com relação à titularidade do benefício. O beneficiário notoriamente reconhecido é o recém-nascido, todavia, o ente que “exercita” o afastamento laboral perde a característica básica de mãe para um indivíduo capaz de cuidar.

Segundo o que se narra dos fatos, a esposa do impetrante deu à luz em 18/12/2011 e veio a falecer em 10/01/2012 por consequência de complicações do parto. E, assim, vendo-se assumindo as “funções maternas necessárias à sobrevivência do filho recém-nascido”, o pai passou a gozar de férias e requereu licença adotante que foi negada por ausência de previsão legal. Inegavelmente, foi confundida a função maternal com capacidade de cuidado. Utilizou-se de uma capa de gênero para justificar uma decisão favorável no mérito quando tudo o que deveria ser dito é que o bem-estar da criança, sendo finalidade da licença, obriga a existência de um novo zelador pelas necessidades do neonato.

O magistrado, reconhecendo a admissibilidade da liminar, no mérito, começou sua fundamentação na Constituição Federal de 1988, depreendendo do art. 226 que a “proteção à infância é um direito social inserido no rol dos direitos fundamentais, cumprindo ao Estado garantir ativamente as condições mínimas necessárias ao desenvolvimento físico, intelectual e emocional das crianças” e, do art. 5º, I, que ambos os genitores são responsáveis pela criação dos filhos tendo em vista o princípio da isonomia. Afirmou também que a desigualdade temporal das licenças materna e paterna são decorrentes de desigualdades biológicas. Todavia, a dignidade da pessoa humana e a proteção à criança importam que a literalidade dos dispositivos seja dobrada à máxima eficácia dos direitos constitucionais no caso concreto e, portanto, culminariam com a imperatividade de se conceder a licença-maternidade ao impetrante. E, foi, assim, deferida a liminar.

³ Processo nº 6965-91.2012.4.01.3400.

Sobre esse caso várias questões se sobressaem. Primeiro, é necessário reconhecer novamente uma dissociação entre a mãe e a licença. A mulher em estado puerperal que teria direito ao benefício, por um infortúnio, veio a falecer. Seria decorrência lógica que, se tratando de um direito apenas da figura materna, a licença se extinguisse por sua morte. Contudo, o que se verificou foi que a licença foi entendida mais uma vez como um direito do neonato, de sua adaptação, cuidado e proteção no período imediato ao nascimento. E, foi em razão do menino que ela subsistiu. Houve uma extensão judicial e interpretativa da proteção legal.

Ainda mais interessante é o fato de que a concessão do benefício foi para o genitor biológico do sexo masculino. Pincelando o que será assunto a ser tratado em tópicos posteriores, cuidar não é um atributo exclusivo da mãe. Nessa situação fática o homem foi “forçado” a escolher gozar desse período de afastamento do trabalho para criar seu filho recém-nascido em razão do evento morte. Todavia, pela fundamentação constitucional demonstrada pelo juiz, ao pai também se confere esse poder-dever de cuidado.

É bom deixar evidente que como pedido alternativo ao reconhecimento da licença-maternidade, o impetrante pediu que se concedesse a licença adotante, que na época ainda possuía distinção de período de gozo. Como demonstrado em ementa transcrita acima o fato gerador das licenças é distinto sem contudo deixar de ambas terem da mesma natureza protetiva à criança. Inclusive, a dicção legal assume que há licença-maternidade em ambos os casos. Desse modo, como não há adoção seria inapropriada uma decisão nesse sentido. Esse pedido alternativo, ainda que impertinente, realça quão tormentoso remanesce o assunto da licença-maternidade pós Constituição de 1988.

Em resposta ao caso narrado, o legislador infraconstitucional, mais uma vez reconhecendo a necessidade de amparo às crianças, a partir da mesma lei que equiparou o prazo de licença-maternidade entre adotantes e mães biológicas, dispôs na CLT que, na eventualidade de vir a falecer a genitora, “é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono”.

Como último caso selecionado para demonstrar a natureza da licença, passo à ação judicial promovida por uma mãe contra o Instituto Nacional de Seguridade Social, distribuída para a 32ª Vara do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária

de Minas Gerais⁴. A ação com pedido de tutela antecipada foi julgada em 23 de novembro de 2013 e pleiteava a prorrogação do salário-maternidade por mais 7 (sete) semanas. O processo é relevante ainda que guarde a peculiaridade de não tratar diretamente da licença-maternidade mas do benefício previdenciário correspondente. O caso expõe com clareza que o sistema de proteção pós-parto previsto na Carta de 88 foi pensado para que o titular dos benefícios direcionasse todo o esforço pertinente à criação e cuidado com os filhos.

O parto foi prematuro e a criança passou boa parte do período da licença-maternidade internada na Unidade de Tratamento Intensivo neonatal do hospital em que nasceu para tratamento das debilidades físicas decorrentes. A mãe gozou dos 120 dias da licença acrescida de 15 dias concedidos pela empregadora cumulada com o exercício das férias.

Para que o pedido fosse provido o magistrado precisou passar sobre a Lei nº 11.770/2008 que instituiu o Programa Empresa-Cidadã. Segundo ele, é possível que as empresas se cadastrem junto ao INSS, previamente, respeitadas certas condições e em contrapartida de benefícios fiscais, e concedam às suas trabalhadoras um acréscimo de 60 (sessenta) dias às suas licenças-maternidade bem como o salário-maternidade. No caso em estudo, a empresa não estava previamente cadastrada no programa. Contudo o juiz se manifestou pela aplicabilidade de parte dos benefícios da Lei em razão do princípio da isonomia. É de se questionar tal procedimento haja vista o princípio da reserva legal. Não haveria aqui margem para se entender isonomia das empresas optantes e as não optantes e, por consequência, entre seus empregados.

Embasando-se em decisão anterior proferida pelo Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho, entendeu-se também na fundamentação que “as normas constitucionais de proteção à maternidade e à infância merecem interpretação otimizadora, que permitam a máxima efetividade, sob pena de se estar estabelecendo restrição inaceitável ao direito constitucionalmente assegurado”. E talvez, somente nesse momento da fundamentação, o magistrado tenha tocado na real razão de convencimento, adequada aos princípios e fundamentos constitucionais.

Mais além, afirmou-se:

⁴ Processo nº 0062942-95.2013.4.01.3800.

Quanto ao perigo de dano irreparável, este também se afigura caracterizado pelo risco à saúde da criança na hipótese de a mãe ter de retornar ao trabalho a partir do dia 21/11/2013, com comprometimento das visitas regulares ao pediatra, necessárias em razão da frágil condição de saúde da menor, e dos cuidados permanentes, a cargo da mãe, que a criança requer. A par de tais elementos, impõe-se reconhecer que a tensão estabelecida entre o suposto prejuízo de natureza econômica suportado pelo INSS e os diversos valores constitucionais, dentre os quais se destacam o da vida, da saúde e da dignidade da pessoa humana resolve-se pela preponderância destes últimos.

Restou decidido, então, pela concessão da tutela antecipada, o pagamento do salário-maternidade até completarem-se os 60 dias da Lei supracitada. E, desse modo, reforça-se toda a exposição da finalidade que dá atualmente à licença e também aos outros benefícios previdenciários e trabalhistas estabelecidos na Constituição, como a estabilidade provisória ainda não mencionada.

Se se seguisse a “mens legis”, a vontade do legislador, a licença seria um direito da mulher. Uma mulher, na visão do constituinte, responsável pela jornada dupla de trabalho doméstico e exterior. Mas, se beneficiária fosse a mulher, não haveria prorrogação. Ela é desprovida de qualquer situação especial com relação às demais mães para fins de aplicação do princípio da isonomia. A visão que se deve ter da situação é a especial e delicada de saúde daquela recém-nascida, a quem se destina o afastamento do trabalho do cuidador, a motivação constitucional da extensão do benefício.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a licença-maternidade é um direito fundamental e social que possui como fatos geradores o nascimento ou a adoção. O titular a gozar do afastamento é, precipuamente, a mãe mas em benefício da criança pois é o cuidado com essa última que, a partir de uma análise constitucional que nasceu pela jurisprudência e por profissionais especializados no assunto, justifica atualmente a licença. Sobre a titularidade da mãe, mais será discutido no próximo capítulo.

Para corroborar tudo o que até aqui foi dito, transcreve-se ementa recente que traduz que a visão defendida nesse tópico é agora largamente adotada.

LICENÇA MATERNIDADE. 180 DIAS. LEI COMPLEMENTAR 1.054/2008. EMPREGADA CONTRATADA PELO REGIME DA CLT. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. OFENSA. (...) Não há, portanto, como dar efetividade a norma que contém tal discriminação, pois possibilita ao reclamado conceder tempos de afastamento diversos pela mesma modalidade de licença, em

relação a empregados sob regime da CLT e sob regime estatutário, tendo em vista que a **finalidade da licença-maternidade** é a mesma nas duas modalidades de contratação, **a proteção da criança. O direito fundamental à saúde, em conjunto com a proteção à trabalhadora mãe e à criança, torna inviável se entender que norma municipal alcance apenas um espectro de mães e filhos, já que tal entendimento não se suporta diante da leitura, ainda, dos arts. 7º e 37 da Constituição Federal. O direito, inclusive, não deve ser considerado tão-somente como um direito da mãe, e sim da criança, de ter ao seu lado, pelo período que a norma legal entendeu apto à proteção de sua saúde, a presença daquela que lhe proverá a necessidade alimentar como também a psicológica, que por certo torna a sociedade mais equilibrada e justa.** Recurso se revista conhecido e provido. (grifo não original) (Processo: RR - 71-08.2013.5.02.0085. Data de Julgamento: 18/06/2014, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2014)

PRONI (2013), na conclusão de sua obra sobre a expansão da garantia legal da licença-maternidade sob a ótica constitucional, coloca uma frase que ilustra a mudança sobre a concepção da licença que vale a pena ser transcrita na medida em que sintetiza o narrado até aqui.

Finalmente, a expansão da garantia legal em relação à proteção à maternidade, *in casu*, resultou no *aperfeiçoamento da eficácia da proteção*, uma vez que, insere em texto constitucional e aperfeiçoada em norma infraconstitucional (inclusive por meio de retificação das Convenções da OIT), atingiu sua *finalidade social e produziu efeitos jurídicos no mundo concreto*. (grifo original) (PRONI, 2013, p.96)

3. PROTEÇÃO E CUIDADO COM A CRIANÇA DURANTE A LICENÇA-MATERNIDADE

Tendo-se por base, então, com as conclusões tiradas nos tópicos antecedentes que a licença-maternidade é um direito trabalhista que tem por finalidade o cuidado com o desenvolvimento infantil, é preciso discutir um pouco mais sobre porque há essa percepção sobre a criança como destinatária do tempo de afastamento do trabalho.

Recapitulando, no início do processo de industrialização não haviam direitos trabalhistas. A regra era o labor sem limites. Esse fenômeno revelou uma degradação social e uma distância incomensurável com a dignidade da pessoa humana em todos os aspectos de sua vida, saúde, alimentação, família, moradia,

entre outros. Mas o início da fase protetiva do trabalho permitiu o surgimento da licença-maternidade, que “Sob o pretexto de humanizar a sociedade, degradada à custa da Industrialização, as mulheres, abandonam o mercado da produção para poderem cuidar na doença e dos filhos que passaram nesse período a ser o eixo central da sociedade.” (GRILO, 2004, p.4), ainda que temporariamente.

Alicerçada na experiência vivida e interiorizada no próprio corpo, a prática dos cuidados tem sido tradicionalmente conotada com a feminilidade com base nos *atributos naturais* das mulheres, aparentemente facilitadores de melhor desempenho, nesta área, conferindo mesmo prestígio a quem os realizava sobretudo os cuidados à maternidade.(GRILO, 2004, p.2)

Desse modo, o cuidado reiteradamente associado à maternidade, à mulher. E, nessa perspectiva, maternidade seria, portanto, um direito humano ligado à vida, sua manutenção e desenvolvimento saudável. A própria Constituição de 1988, corroborando essa perspectiva, elenca entre os direitos sociais (art. 6º, caput) a proteção à maternidade e à infância e também, no art. 227, caput, o dever de proteção dos direitos à criança como absoluta prioridade. E nesse mesmo sistema se encontra a Lei nº 8.069/1990 que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Em seus primeiros artigos, ela vem a tratar de cuidados pré e pós natais e de importantes normas sobre a proteção e cuidado familiar sobre essa fase de formação de um ser humano.

Não se quer afirmar que a importância de cuidar da criança surgiu após a Revolução Industrial, mas que nesse contexto se iniciou uma movimentação no sentido de se entender o cuidado com a criança como legítimo interesse do Estado.

Todo esse cuidado com a criança, protegida por toda a sociedade, pela família e pelo Estado, surge, então, pela compreensão de sua hipossuficiência frente às exigências sociais e de mercado. O Brasil, por exemplo, ratificou a Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia das Nações Unidas em 20 de novembro de 1959, que no seu preâmbulo reconhece:

Considerando que a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, antes e depois do nascimento.
Considerando que a necessidade de tal proteção foi enunciada na *Declaração dos Direitos da Criança em Genebra, de 1924*, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos estatutos das agências especializadas e organizações internacionais interessadas no bem-estar da criança.

Considerando que a humanidade deve à criança o melhor de seus esforços.
(grifo original)

fixou dez princípios de proteção à infância, dentre as quais destacam-se as seguintes:

Princípio 1

A criança gozará todos os direitos enunciados nesta Declaração. Todas as crianças, absolutamente sem qualquer exceção, serão credoras destes direitos, sem distinção ou discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, quer sua ou de sua família.

Princípio 2

A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança.

Princípio 4

A criança gozará os benefícios da previdência social. Terá direito a crescer e criar-se com saúde; para isto, tanto à criança como à mãe, serão proporcionados cuidados e proteções especiais, inclusive adequados cuidados pré e pós-natais. A criança terá direito a alimentação, recreação e assistência médica adequadas.

Princípio 5

À crianças incapacitadas física, mental ou socialmente serão proporcionados o tratamento, a educação e os cuidados especiais exigidos pela sua condição peculiar. (grifo original)

Sobre esses princípios é preciso frisar que a condição familiar não deve ser motivo de discriminação no cuidado; é o desenvolvimento da criança o cerne de toda a preocupação; a mãe é importante promotora da proteção à criança tendo em vista que a ela se liga o fenômeno da geração e nascimento. Levando o exposto em consideração e introduzindo parte da discussão do Capítulo III, ressalte-se que as crianças “incapacitadas” deverão ter especial atenção.

Esse cuidado deferido e tutelado na licença-maternidade, pode ser qualificado como um “altercuidado”, classificação por Timm e Santos (2012, p.13), ou seja, um cuidado com o bem-estar do outro. A alteridade, por sua vez, depende da solidariedade, do auxílio mútuo. A licença é um direito que sobrecarrega toda a sociedade não apenas para proteção da mulher no trabalho na atualidade, por motivos que serão explorados no próximo capítulo, mas para proteção daqueles que, para serem o futuro social, necessitam de atendimento específico.

Sobre a comprovação dos benefícios do cuidado promovido pela licença, “percebe-se que, apesar de ter aumentado muito, no Brasil, o interesse por se realizar pesquisas com crianças pequenas buscando compreendê-la em sua forma de ser e agir ainda são poucas as publicações sobre o *cuidado* da criança pequena” (TIMM; SANTOS, 2012, p.10). No resto do mundo, entretanto, o assunto é cada vez mais discutido e pesquisado.

A Enciclopédia sobre o Desenvolvimento na Primeira Infância é produto de pesquisas do Centro de Excelência para o Desenvolvimento na Primeira Infância, com sede em Quebec no Canadá. Em um dos trabalhos⁵ se compila o estudo de diversos pesquisadores de diversos países sobre o impacto das licenças parentais (maternidade e paternidade) na saúde da criança.

É consenso nos métodos e resultados apresentados que as políticas de licença parental remunerada melhoram a saúde da criança em termos de medidas de peso ao nascer, das taxas de mortalidade de bebês e infantil e de vacinação. A hipótese é que a licença permite que os pais invistam mais tempo nos cuidados com os filhos pequenos dessa forma (KAMERMAN, 2012, p.3).

Em suma, a licença-maternidade é o direito social que vem sendo vinculado à mãe para cuidado com a criança, seja filha biológica ou afetiva, para seu desenvolvimento saudável. Sua destinação, então, tem natureza de direito humano ligado à vida e a dignidade da pessoa humana. Contudo, como mencionado, esse trabalho também é familiar e pode não estar necessariamente ligado à figura feminina, podendo ser essa última uma disposição discriminatória. Assuntos do próximo capítulo.

⁵ KAMERMAN, 2012.

CAPÍTULO II – A LICENÇA-MATERNIDADE E A IGUALDADE DE GÊNERO

A motivação original para as políticas de licença pós-parto não foi a preocupação com as necessidades da criança, e sim com as necessidades da mãe. No entanto, a motivação para uma política de licença parental foi tanto a preocupação com o bem-estar da criança quanto o interesse em apoiar a igualdade de gênero.(KAMERMAN, 2012, p.1)

O trecho acima faz parte de um trabalho de pesquisa internacional valioso para repensar a questão da licença-maternidade no Brasil. Em primeira mão, o texto reforça que a licença nasceu como uma política de proteção pós-parto, visando a mulher, como dito no Capítulo I, protegendo o trabalho feminino e também seu “papel social”.

Nesse Capítulo, pretende-se um salto na discussão. A intenção é abrir espaço para argumentos, especialmente de igualdade, gênero e família, ainda tímidos no país mas que são necessários para responder de forma correta ao questionamento principal desse trabalho: se é possível prorrogar a licença-maternidade em virtude de deficiência da criança.

Para tanto, faz-se necessário aprofundar um pouco mais as noções apresentadas sobre a mulher no mercado de trabalho sob uma ótica agora menos ligada à licença-maternidade e mais à discussão sobre igualdade delas no Estado Democrático de Direito, comparativamente ao Estado Liberal. São analisados mais três casos representativos da problemática de gênero dentro da licença e também sobre a questão da mesma ligada à família. Ao final, serão apresentadas conclusões constitucionais relacionadas ao que acontece em outros países e um breve comentário sobre a inadequação do próprio nome “licença-maternidade”.

1. O IMPACTO DA LICENÇA MATERNIDADE PARA A MULHER

Seguindo o programa proposto na introdução, esse tópico destina-se a discutir um pouco sobre a divisão de direitos de gênero - homens e mulheres - em uma

perspectiva político-jurídica integrando e contextualizando as diferenças no Estado liberal e no Estado Democrático de Direito. Tal explanação parece ser capaz de explicar o impacto da licença-maternidade para a mulher, se ela aumenta, diminui ou é indiferente para igualdade entre os sexos no mundo do trabalho, ousando também tocar na perspectiva desse cenário relacionado ao ambiente de decisões privadas dos indivíduos. Como afirma Aguado (2005, p.2):

Y esta perspectiva es necesaria, entre otras razones, porque las relaciones de género —en la misma medida que cualquier otro tipo de relaciones sociales, ni más ni menos- van a estar en la base de las contradicciones sociales e ideológicas que caracterizan el proceso revolucionario burgués y el posterior desarrollo histórico de los liberalismos, tanto desde una perspectiva ideológico-cultural como desde una perspectiva político-jurídica.

Para isso, recapitulando informações, a realidade do trabalho das mulheres em grandes indústrias ou em minas de carvão, no período da Revolução Industrial, em decorrência principalmente do êxodo rural, era tão precária quanto a de homens e de crianças, incluindo uma lista degradante de fatores como jornadas extenuantes, ambiente de trabalho insalubre e perigoso e salários indignos. Todavia,

Outro dado interessante, na contramão do pensamento dominante, é que a expulsão das mulheres dos postos de trabalho das fábricas se deu pari passu ao surgimento de uma legislação de proteção ao trabalho. Trazemos dos bancos escolares a ideia de que a entrada das mulheres no mercado de trabalho se deu de maneira gradual e contínua. Não foi assim. Na exata medida em que os movimentos operários conseguem pressionar por leis que lhes dêem mínimas garantias, as mulheres se veem sendo substituídas pela mão-de-obra masculina.(CALIL, 2000, p.27)

Como mencionado, uma articulação renovada de conceitos culturais e ideológicos recomeçam a emergir nesse período de surgimento de leis protetivas no ambiente de trabalho. As diferenças biológicas entre homens e mulheres são reforçados como a razão para a divisão de tratamento para ambos. Dessa forma, o liberalismo plasma o que é “naturalmente” feminino ou masculino e demarca espaços definidos para cada um, o privado e o público, respectivamente.

[...] la articulación de la esfera pública y su “necesario” correlato, la esfera privada, como dos realidades dicotómicas y diferentes; pero sobre todo, connotadas genéricamente, de tal manera que lo “público” -la política, la ciudadanía, el poder, las formas más “prestigiadas” de sociabilidad y de cultura- se vinculará “naturalmente” —es decir, por “naturaleza”- a la identidad social masculina; en tanto que lo “privado” -entendido como

“doméstico” y no “civilizado” ni civil en el caso de las mujeres- iba a identificarse con la identidad social femenina. (AGUADO, 2005, p.2-3)

Essa atribuição do mundo doméstico às mulheres é também uma forma de inferiorizá-las. No momento em que são restritas ao ambiente privado, são excluídas do ambiente público e político, a elas é negada a participação democrática, a capacidade decisória, a cidadania. A elas era e ainda é, em certa medida, negada participação plena e igualitária no espaço público do trabalho.

Essa é uma realidade de contradição em evidência à Revolução Francesa e ao Iluminismo que acercavam essa época. Os ideais de liberdade, igualdade, fraternidade e universalidade se viam restritos aos homens. Liberdade para aqueles que “naturalmente” possuíam a razão, igualdade para os iguais, e universalidade para alguns, resumindo, uma isonomia formal.

El “discurso de la inferioridad” frente a la universalidad ética, política y epistemológica no fue sólo una “contradicción” de la Ilustración, sino uno de los elementos constitutivos de los Estados liberales, basado en la exclusión de las mujeres de la lógica democrática y de la meritocracia, aplicándoles por el contrario la lógica estamental: igualdad para los varones y estatus adscriptivo para las mujeres. Semejante actuación requería construir una esencia femenina inferior (diferente o complementaria en terminología patriarcal) a la masculina que pusiese las bases de su exclusión política, es decir, ni sujeto de razón ni sujeto político. (AGUADO, 2005, p.10)

Muito além das diferenças “essenciais” entre gêneros, então, é preciso dar a correta dimensão da participação política feminina, tendo em vista sua diminuta inserção na vida pública em virtude desse pensamento liberal. A universalização da igualdade não se aplica apenas aos homens mas a toda humanidade (AGUADO, 2005). E o que vem a proporcionar essa adequação é justamente o Estado constitucional. Ao elencar a igualdade em seus fundamentos, deixa uma “Caixa de Pandora” aberta para conferir esse atributo, ainda que paulatinamente, a todos os grupos excluídos da condição de cidadãos originalmente.

É essa a luta por igualdade entre gêneros na dinâmica da sociedade que salta aos olhos ao se falar sobre licença-maternidade. “Embora a licença-maternidade funcione como garantia de continuidade no mercado assegurada às mulheres, ela é tênue, já que o retorno da mulher ao trabalho nunca ocorre em igualdade de condições com quem se mantém ativo, sem gozo de licenças.” (Janaína e Noêmia) E mais do que isso, a licença corrobora uma posição residual cultural-ideológica de

um “lugar” da mulher no ambiente privado e devedora das obrigações domésticas, de cuidado com a prole.

Contextualizando como é a realidade do trabalho feminino no Brasil em decorrência dessa divisão sexista das “capacidades” e “lugares”,

Ainda que a taxa de mulheres na população economicamente ativa tenha aumentado, a crescente taxa de desemprego demonstra que o incremento da taxa de desemprego é muito maior entre as mulheres que nos homens. No Brasil, por exemplo, entre 1960 e 1990, as taxas de emprego feminino aumentaram, mas esse aumento ocorreu, principalmente, nas atividades informais e no trabalho doméstico. Isso se deve à discriminação estatística, ou seja, ao fato de que as empresas evitam a contratação de mulheres porque elas apresentam mais problemas familiares e domésticos. (THOME, 2009, p. 118)

Já o Estado Democrático de Direito, por sua vez, não está comprometido com nenhum valor moral fundamental e único, como esse de que mulheres e homens ocupam lugares distintos e pré-determinados, muito pelo contrário. Essa concepção de mundo abarca o pluralismo moral porque assegura à todos procedimentos necessários para exercer os próprios direitos e decisões privadas. É uma igualdade através da lei que objetiva tanto a isonomia formal quanto a material. É um Estado altamente comprometido com a defesa das liberdades civis e os direitos humanos. E, “o direito ao trabalho digno é um direito humano fundamental, então, é dessa natureza a violação representada pelo acesso bloqueado ou desigual vivenciado pelas mulheres no mercado de trabalho” (PORTO, 2009, p.2), em virtude de suas “obrigações” domésticas. Afinal, “[...] o trabalho, às vezes, é o único espaço de liberdade e socialização, configurando uma estratégia defensiva da opressão vivida no ambiente familiar.” (THOME, 2009, p.19).

Se por uma justificativa ontológica de serem mulheres as trabalhadoras têm o direito à licença-maternidade, então é possível concluir que o Estado não promove a igualdade ao concedê-lo. Diametralmente oposto, reforça uma posição ideológica de desigualdade de gênero ao impedir uma escolha de ocupar o espaço “público” em igualdade de condições.

Nos campos jurídicos concernentes ao feminismo, o paternalismo socioestatal assume um sentido literal: o legislativo e a jurisdição orientam-se segundo modelos de interpretação tradicionais e contribuem com o fortalecimento dos estereótipos de identidade de gênero já vigentes. (HABERMAS, 2002, p. 304)

Alice Monteiro de Barros, enquanto discute a discriminação por motivo de sexo no mundo do trabalho, relaciona que as mulheres ganham funções diferenciadas por “qualidades próprias” como a disposição para cuidar de pessoas, maior agilidade manual e maior honradez, por exemplo. Poderia ser dito, inclusive, que mulheres gozam da licença-maternidade por estarem, por suas qualidades, propensas a cuidar ou melhor cuidar dos filhos. Todavia, “note-se que essas características realçam importantes qualidades humanas como sensibilidade, afeto, solidariedade e honestidade. Por acaso os homens estariam excluídos desses sentimentos e desses atributos? Evidentemente que não.” (2013, p. 911).

Ou seja, a conquista de uma real igualdade passa necessariamente sobre uma questão de liberdade. A autonomia decisória dos indivíduos para questões privadas e oponíveis ao Estado é que vai proporcionar que os direitos subjetivos sejam articulados corretamente num tratamento igualitário. É essa tensão entre liberdade e igualdade dentro de um contexto constitucional que poderá proporcionar a interpretação adequada à licença-maternidade⁶. Adiantando a discussão do tópico seguinte, é possível que a solução funde-se na fruição da licença como de livre decisão da entidade familiar. Desse modo,

Benesses socioestatais a pretexto de gênero precisam ser pensadas e repensadas a todo o momento, no contexto concreto da dimensão constitucional brasileira, para que não se perpetuem como liberdade que se converte em não-liberdade. Para isso não se pode perder de vista que homens e mulheres tem direito a igual respeito e consideração e quando um enfoque jurídico específico, como no caso da preservação da integridade que se vincula a políticas de medida e segurança do trabalho, representa demanda de ambos os sexos, o recurso a estereótipos de gênero apenas favorece a desqualificação das mulheres. (PORTO, 2009, p.25)

Por essas razões expostas, a licença-maternidade ainda carrega um conteúdo de estigmatização da mulher herdado do liberalismo. Ela, sob o manto de um “direito”, constitui-se numa escrava do “lugar” demarcado para o gênero feminino, o cuidado com os filhos e o trabalho doméstico. Enquanto, o homem, “dotado da cidadania”, é excluído das responsabilidades familiares. Serão apenas a igualdade de gênero e a autonomia dos indivíduos para definir as próprias escolhas que concederão o giro necessário de compreensão do instituto.

⁶ “[...] a liberdade e a igualdade não podem entrar em conflito como duas virtudes políticas fundamentais, pois a igualdade só pode ser definida quando se presume a liberdade em vigor, e não pode ser aprimorada, nem no mundo real, por políticas que comprometam o valor da liberdade”. (DWORKIN, 2005, p. 249).

A reprodução humana interessa à sociedade como um todo, pois educar e cuidar das crianças é um investimento nas gerações futuras, significa a evolução do homem. Apesar disso, o fato de a responsabilidade de bem criar as crianças recair quase que totalmente sobre as mulheres tem feito com que elas sejam qualificadas (ou desqualificadas) como uma força inferior de trabalho, pelas limitações que isso lhes impõe. (PRONI, 2013, p.16)

Em suma, conclui-se que

O cuidado com a criança, em uma perspectiva realmente democrática, deixaria de ser atributo exclusivo da mulher. Admite-se, em claro exercício de isonomia constitucional, que a licença não tem apenas a finalidade de resguardo físico. Em vez disso, tem como foco o tempo necessário para cuidado com a criança. Tradicionalmente, a licença maternidade era vista como direito da trabalhadora, de forma que pudesse exercer o direito à maternidade sem que isso fosse fator que a prejudicasse no mercado. A decisão judicial retira a licença do reduto de um direito trabalhista em sentido estrito e lhe confere a adequada estatuta constitucional. (PORTO; PENALVA, 2012)

Para poder resolver o problema levantado, no tópico seguinte, são apresentados e criticados casos judiciais que expõem em termos práticos um pouco do que se pretende por igualdade e liberdade para a titularidade da licença-maternidade.

2. GÊNERO E CUIDADO FAMILIAR

[...] o termo sexo corresponde a um significado biológico, já o termo gênero representa uma elaboração cultural sobre o sexo. Em outras palavras, o gênero é a categoria que explica a relação de poder entre os sexos da dimensão social da desigualdade sexual com base na naturalização e biologização dos sexos. (THOME, 2009, p.19)

A partir do conceito acima apresentado, é possível fazer uma associação com o que foi discutido no tópico antecedente sobre os “lugares” femininos e masculinos definidos pela cultura e chancelados, contraditoriamente, pelo liberalismo tendo em vista seus preceitos de igualdade e liberdade. As divisões de tarefas por critérios biológicos no mundo jurídico são um retrato de gênero. Dessa forma, a licença-

maternidade é, em regra, até o momento dessa discussão em andamento, um direito pertinente ao gênero feminino.

Contudo, a realidade atual se contrapõe a essa visão sobre a licença. Isso se afirma baseado em litígios, tímidos mas que a cada dia multiplicam seus números, envolvendo novas configurações familiares e uma perspectiva mais constitucional, democrática e igualitária sobre os direitos e deveres de pais e mães, num caminho que diverge da concepção tradicional de gênero e cuidado familiar.

Pensando sobre a forma como o constitucionalismo densifica os direitos humanos, o conceito de integridade de *Dworkin* e a sua tese da "única resposta correta" permitem concluir que o sentido da igualdade de gênero não se estabelece de forma abstrata, mas sim em cada caso concreto e específico. É justamente nos diversos reclames, e principalmente nas causas trazidas ao Judiciário e/ou articuladas no campo dos debates na sociedade sobre os efeitos concretos da implementação de políticas públicas, que se torna visível cada exclusão que ainda persiste. E, é claro, que a cada exclusão abordada e sanada, outra a seguir se torna então perceptível. Justamente nestes eventos é que o que é abstrato se torna concreto; o que é geral transforma-se em específico. O trato com as demandas reais do mundo da vida, porém, reivindica que não se perca de vista a exigência de manter-se, simultaneamente, os vínculos com a generalidade e a abstração das leis (requisito republicano de igualdade). (PORTO, 2009, p.23)

No processo de número 0015901-31.2014.4.03.6100, por exemplo, que tramita na 12ª Vara Federal Cível de São Paulo, foi proferida decisão de tutela antecipada em ação ordinária em desfavor do INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social), em outubro de 2014, que analisou pedido de concessão de licença-maternidade e salário-maternidade pelo prazo de 180 dias ao servidor dessa autarquia em razão da paternidade biológica fruto de técnicas de fertilização in vitro nos Estados Unidos, sendo, portanto, pai solteiro.

Ultrapassadas as citações legais pertinentes sobre a licença-maternidade que se referem ao sexo feminino da titular do direito, o juiz proferiu decisão em favor do autor com a principal e seguinte fundamentação:

Pois bem, a licença maternidade, cujo objetivo principal é a proteção da criança, tem origem nos deveres previstos na Constituição Federal, dentre eles o dever da família que, atualmente, vem se modificando, surgindo a chamada família monoparental. Considerando o princípio da isonomia, que trata da igualdade perante a lei entre homens e mulheres, não é correto restringir o benefício da licença maternidade tão-somente à gestante, sobretudo quando o pai solteiro e seus filhos são reconhecidos como entidade familiar, nos termos do artigo 226, 4º da Constituição Federal. Ademais, não pode ser subtraído das crianças o direito ao convívio familiar,

o amparo de seu pai, sobretudo nos primeiros meses de vida, fase em que há muito trabalho e cuidado com os recém nascidos.

Esse trecho denso sedimenta o que se defendeu até aqui sobre a licença ter como objetivo principal a proteção e o cuidado com a criança em estágio delicado de adaptação e desenvolvimento, no caso, nascimento, mas podendo também ser em decorrência de adoção, e também que a mãe não a é única pessoa legitimada a usufruir de tal benefício haja vista a isonomia entre homens e mulheres. Indo mais além, surgem dois novos fatores de discussão, os objetos desse tópico: A) a proteção à criança é uma responsabilidade familiar e B) portanto, o titular da licença não pode ser necessariamente definido pelo sexo.

A opção por constituir uma família como pai solteiro é reconhecida pela Constituição Cidadã, que garante a existência de direitos e também deveres para essa escolha da vida privada, que é uma transformação e exigência social hodierna, em igualdade de condições com a visão tradicional (pai, mãe e filhos).

Um segundo caso proeminente selecionado é o de um servidor da Universidade de Brasília (UnB) em união homoafetiva que requereu a concessão do período de afastamento do trabalho em razão da adoção de três crianças, de 4 (quatro), 6 (seis) e 8 (oito) anos. Essa situação repercute em várias esferas. Primeiramente, os dispositivos que se aplicam são os constantes da Lei nº 8.112/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diferentemente do previsto para os trabalhadores celetistas, essa lei fixa um regramento distinto para a licença em razão da maternidade ou da adoção. A alteração legislativa de 2013 que equiparou o tempo entre as duas modalidades da licença na CLT não modificou a disposição de que as servidoras públicas adotantes, note-se que mulheres, terão 90 dias quando a criança adotada tiver menos de 1 (um) ano ou, acima dessa idade, 30 dias. Dessa forma, o requerimento foi na forma da “licença à adotante”.

Em segundo lugar, a solução da pretensão do requerente se deu de modo exclusivamente administrativo, sem necessidade de judicialização. Ou seja, é possível se inferir um reposicionamento dos entes públicos frente ao tema, seja quanto às questões de gênero, seja quanto às questões familiares. É uma mudança significativa e importante pois quando a ausência de previsão legal clara ganha

solução sem a intervenção do Poder Judiciário, estamos diante de um entendimento e de uma resposta jurídica acerca de um problema.

Esse processo administrativo tem ainda maior repercussão pois virou nota técnica do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão⁷, que possui força vinculante para as decisões administrativas federais. Nela se entendeu pela impossibilidade de se igualar os períodos de licença à adotante e à gestante sob a alegação de que essa última sofre alterações físicas e psíquicas pertinentes à gravidez que a primeira desconhece. Esse é um argumento muito razoável, o de que o período da licença-maternidade, concomitantemente ao tempo de cuidado com o recém-nascido, é um tempo de recuperação física da parturiente, como é, inclusive, o fundamento de origem do afastamento como se afirmou em páginas anteriores.

É preciso repetir e se aclarar que a natureza jurídica da licença ganhou novos contornos jurisprudenciais, constitucionais e legais: o beneficiário é a criança e o titular, coerentemente, passou-se a admitir ser pessoa diversa da mãe. Assim, o afastamento por motivos de saúde da parturiente de fato justificaria um período de afastamento maior do labor mas a diferenciação do tempo de cuidado infantil é injustificável e inconstitucional quando se diferenciam filhos afetivos e biológicos. Supondo-se que a adoção fosse de uma criança de um mês, seu período de cuidado pelo ente familiar responsável seria por um período menor do que se filho biológico fosse. Também seria possível supor que para criança de 8 anos que, ao ser inserida em um novo lar, tenha 30 dias para firmar laços e adaptar-se a uma nova rotina familiar não o consiga fazê-lo nesse tempo insuficiente. A fragilidade de saúde dessa última é com certeza menor, contudo a adaptação apresenta diferentes desafios que não se podem aferir mais ou menos fáceis do que a criança da primeira hipótese. Esse é um problema que ainda engessa a Administração Pública mas também é pertinente ao ordenamento jurídico brasileiro como um todo. Talvez seja chegado o momento de maturidade de exigências sociais para dissociar por completo o afastamento por parto e o afastamento para cuidado infantil resultante de nascimento ou adoção.

No caso do pai solteiro, novamente ilustrativo, o responsável pelo cuidado da criança, do sexo masculino, usufruiu do tempo integral que uma parturiente teria gozado. Esse é um histórico de desenvolvimento acidentado e cheio de contradições

⁷ Nota técnica nº 150/2014 - CGNOR/DENOP/SEGEP/MP.

da licença que demonstra a importância desse trabalho, dessa discussão, que, para além das repercussões acadêmicas, precisa produzir impacto em níveis sociais, legislativos e jurídicos.

Voltando ao caso do servidor da UnB, a nota técnica estabeleceu que, apesar da dicção legal se referir à adotante mulher, quando ainda vigia um modelo tradicional da família, o benefício se expande para abarcar o adotante independentemente do gênero ou opção sexual em função do art. 5º, I, da CRFB/88 e,

Tendo em vista a prescrição constitucional acerca da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente com o objetivo de ampliar o próprio alcance da proteção dos direitos infanto-juvenis entendemos que, no tocante à concessão de licença em razão de adoção, a análise da norma deverá ser sistemática dos dispositivos constitucionais e da Lei nº 8.112/90, posto que a licença em voga não constitui somente direito do servidor submetido ao regime jurídico instituído por aquela lei, mas também da criança adotada a qual terá assegurado tempo para adaptação à nova família e ainda o seu bem estar por meio do contato com os pais. (p.3)

Mais importante nesse exemplo fático é realmente destacar a questão familiar. O Supremo Tribunal Federal na apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 em 2011 deu interpretação conforme ao art. 226, §3º, da CRFB/88, garantindo o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares dignas de igual proteção constitucional dada ao conceito tradicional de família.

Desde o advento da Constituição da República de 1988, o conceito de família vem evoluindo, não mais se confundindo com o conceito de casamento, sendo a família contemporânea constituída não somente por laços biológicos, mas também pela afetividade ou afinidade. Romperam-se os paradigmas em que a família era identificada pelo casamento. A evolução dos costumes, a emancipação da mulher, o surgimento dos métodos contraceptivos, a própria globalização levaram à reformulação da estrutura da família. De um reduto da conjugalidade, a família se transformou em um espaço da afetividade que alberga todas as modalidades vivenciais, gerando seqüelas que devem ser inseridas no âmbito do Direito de Família. Assim, tanto as uniões que prefiro chamar de homoafetivas (expressão que cunhei na obra que escrevi preconizando o reconhecimento das relações homossexuais), quanto os relacionamentos em que há comprometimento mútuo merecem ser chamados de família, independente do número ou do sexo de seus integrantes”.⁸

⁸ Entrevista dada por Maria Berenice Dias na Revista Jurídica Consulex, Brasília - DF, nº 171, 29 fev. 2004, p. 8-10.

De famílias monoparentais, como o pai viúvo do primeiro capítulo e o pai solteiro acima mencionado, passando pelo modelo tradicional, chegando em casais homoafetivos, masculinos ou femininos, a Constituição protege todas. Entretanto, esse desenvolvimento não é isento de perguntas e adaptações. A nota técnica, por exemplo, firma que a licença-maternidade será concedida para apenas um dos pais pois a sistemática constitucional não permite que ambos gozem do mesmo afastamento (existência de licenças distintas, paternidade e maternidade, com tempos diversos), e, nesse caso, há uma liberalidade do casal na escolha de quem irá pedir a licença-maternidade e quem irá pedir a paternidade. Em contrapartida, fixa que na adoção realizada por casais heterossexuais, em que os dois sejam servidores públicos federais, a licença à adotante será concedida preferencialmente à servidora porque “à mulher não poderá ser concedida a licença paternidade”.

Essas fixações se comprovam uma contradição insolúvel. Para se conceder licença à adotante a um homem, é possível desconsiderar-se o texto legal em virtude das novas realidades sociais e garantir uma liberdade ao casal para decidir quem é o mais apto ao cuidado com a criança. Do lado oposto, um casal heterossexual necessariamente terá que pedir licença à adotante para a mulher por respeito à literalidade do dispositivo, estando esse casal destituído de uma liberdade que a outra entidade familiar com igual proteção constitucional foi conferida.

Mais uma restrição de liberdade de como organizar a vida familiar - diga-se de passagem, ambiente de decisões privadas – é que a Administração não reconheceu a possibilidade de gozo do afastamento por adoção de forma fracionada entre os cônjuges. Verificam-se, assim, problemas de ordem igualitária e de liberdade decisória em quaisquer que sejam os modelos familiares estudados com relação à licença-maternidade. É preciso, então, afirmar:

A sua (*constitucional*) exigência principiológica de igualdade e liberdade, em um ambiente institucional democrático, permite a compreensão de que a igualdade é o direito à diferença, e de que a liberdade é a exigência pública (oponível a todos) do respeito ao direito privado de ser diferente. Trata-se de um processo contínuo, inesgotável precisamente por que a cada ato de inclusão, a cada momento de respeito constitucional pela liberdade e pela igualdade, torna-se visível que outros ainda não foram incluídos, e que suas vozes não podem ser silenciadas em uma democracia. (CARVALHO; OLIVEIRA, 2008)

Essa interferência estatal na decisão do casal, homossexual ou heterossexual, a respeito de qual dos pais irá se afastar do trabalho para cuidado com a criança a partir do gênero ou impedir que os pais usufruam de períodos minimamente igualitários é uma prática contrária à sistemática constitucional estabelecida em 1988. Afora o princípio da igualdade entre todos, homens e mulheres, o objetivo fundamental de promover o bem de todos sem discriminação de sexo, a dignidade da pessoa humana, a proteção à maternidade e à infância, a CRFB/88 impera:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. ([Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010](#))

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Ou seja, as decisões familiares devem ser livres com relação ao cuidado com os filhos em uma perspectiva de igualdade em dever dos pais, quaisquer que seja o gênero ou opção sexual, de o fazê-lo, em razão da paternidade responsável, da liberdade de procriação e da absoluta prioridade no cuidado com a criança a ser exercido pela família, pela sociedade e pelo Estado.

Como ultimo caso a se discutir nessa nova perspectiva entre gênero e cuidado familiar, há um processo⁹ que correu na 13ª Vara do Trabalho de Brasília e teve sentença proferida em maio de 2014, que versou sobre o pedido novamente de concessão da licença-maternidade para mulher cuja companheira havia dado à luz à trigêmeos por técnicas de fertilização in vitro, crianças as quais foram registradas como filhas de ambas as mulheres.

⁹ Processo nº 0038-2014-013-10-00-8.

O principal fundamento da decisão concessiva da magistrada foi o reconhecimento das novas entidades familiares, seguida da dignidade da pessoa humana e do princípio da igualdade. Diz ainda:

A licença maternidade é um benefício conquistado por diversas nações ao longo dos tempos e é essencial para a formação e fortalecimento do vínculo materno, para garantia da amamentação regular e para assegurar o desenvolvimento e o equilíbrio psico emocional da criança. É um período único e insubstituível. O caso que se verifica, mostra a existência de um núcleo familiar com duas mães, pois não se pode crer que a filiação materna seja única e precise advir exclusivamente do parto. (p.6 da sentença)

Assim, houve nessa decisão um atrelamento ainda maior com a maternidade, ainda que afetiva. Há aqui o mérito em reconhecer um poder-dever de cuidado com a criança igualitário entre os cônjuges que se coaduna com o sistema constitucional destinada à proteção à família, como acima foi apresentado. Todavia, estabeleceu-se uma diferenciação entre as famílias. Nessa lógica de se conceder duas licenças-maternidade para duas mães em razão do gênero, seria coerente conceder duas licenças-paternidade apenas para o caso antecedente de casal homoafetivo masculino.

Essa desigualdade familiar tem uma raiz mais profunda e individual. No art. 7º da Constituição, os incisos XVIII e XIX estabelecem, respectivamente, a licença à gestante e a licença-paternidade. Ambos os afastamentos, como afirmado até aqui, destinam ao cuidado com a criança e, no primeiro, o período é de 120 dias enquanto o segundo é de 5 dias, conforme Ato de Disposições Constitucionais Transitórias. Novamente, ressalte-se que em caso de parto realmente a mulher precise de um tempo de afastamento maior do labor em razão de suas condições de saúde, contudo, sendo ambos os pais são igualmente responsáveis e devedores do cuidado familiar com a criança, não faz sentido que a mulher goze de um período 2.300% mais longo que o homem. Reforça-se aquela ideia, discutida no tópico antecedente, de que o homem é excluído da participação familiar e a mulher, do trabalho, em certa medida.

Ao final de toda essa discussão é possível perceber que a licença-maternidade precisa de uma leitura mais responsável e sistemática. A) Seu objetivo é o cuidado com a criança, portanto, o gênero do titular a ser afastar do trabalho é indiferente, sendo ambos, homens e mulheres, capazes de tal tarefa. B) É discriminatório

relacionar tal licença imediatamente à mulher, a prejudica no mundo do trabalho e prorroga uma visão de família tradicionalista que se vê em cheque. C) Não se dissocia ainda dela sua função de recompostura da saúde da parturiente, apesar de se notar que essa é uma necessidade cada vez mais evidente. D) A desproporção de período de afastamento com a licença-paternidade faz saltar ao olhos uma incongruência com o dever familiar de cuidado e o desrespeito à fixação da paternidade responsável.

3. AS LICENÇAS FAMILIARES DENTRO DA PERSPECTIVA DE DIREITOS DE CONCILIAÇÃO ENTRE FAMÍLIA E TRABALHO NO CONTEXTO PORTUGUÊS

Ante todo o exposto até aqui, basicamente perguntas e problemas, é necessário explorar um pouco mais das possíveis soluções aos questionamentos sobre a licença em estudo. Desse modo, esse tópico trabalhará um pouco sobre esse recente conceito que engloba os direitos de conciliação entre família e trabalho e as possibilidades alternativas à licença-maternidade da perspectiva brasileira. Por proximidades de língua, história e cultura, então, optou-se, como exemplo, por apresentar na presente monografia uma visão crítica sobre como é a licença-maternidade em Portugal mais detidamente.

Para início de estudo, rememorando o já explanado e situando a discussão corrente, o mundo do trabalho e as formações familiares vêm mudando intensamente. Muito longe da concepção tradicional, a presença da mulher no mercado é cada vez mais próxima de uma participação igualitária com os homens, apesar de muito ainda ser necessário promover. Dessa forma, as divisões familiares de tarefas sofrem uma pressão por mudança, uma exigência de co-participação dos entes integrantes na promoção do cuidado dos filhos, por exemplo. Além disso, outras famílias, como as monoparentais e as construídas a partir de uniões homoafetivas, pressionam a forma posta de se pensar as responsabilidades dentro da unidade familiar, exigindo uma posição mais libertária e inovadora, por exemplo, quanto a licença-maternidade ou licença para cuidado do menor.

A vida hodierna, com o ingresso da mulher no mercado de trabalho, sustentando sozinha a prole ou em conjunto com seu marido, a divisão das responsabilidades familiares e o aparecimento de famílias unilaterais (somente com o pai ou com a mãe) ensejaram maiores discussões acerca do tempo destinado ao trabalho e esporádicas ausências, seja no acompanhamento da necessidade dos filhos, seja para tratar dos membros da família mais velhos que, eventualmente, necessitem de maiores cuidados, influíram de modos variados em alguns países, como a Hungria (1967) e a Suécia (1974), visto que eles instituíram, em seu sistema laboral, as denominadas licenças parentais, impulsionando, na década de 90, a proposta da Diretiva nº 96/34/CE, cuja origem foi um prospecto idealizado pelas confederações de trabalhadores e empregadores da União Europeia. (BARBUGIANI, 2013, p.232)

A reprodução humana, contudo, tem uma função social e precisa, desse modo, estar integrada à vida pública e laboral de homens e mulheres, não podendo ser entendida como uma particularidade feminina (PRONI, p. 16). Para isso, surge o que hoje se chama de direitos de conciliação entre trabalho e família, que, apesar de ainda carregar um estigma feminino, por essa ser a primeira figura a enfrentar o dilema da divisão da própria vida entre cuidados familiares e vida profissional, inaugura uma nova forma de se encarar aquela antiga divisão sexista entre vida pública e vida privada.

[...] outra característica deste novo modelo de divisão do trabalho deve ser pensado. É preciso refletir a divisão sexual do trabalho como 'vínculo social', pois é ela que fundamenta a tese (inclusive política adotada da União Europeia), da "conciliação" da vida familiar/vida profissional. O problema é colocar a mulher como sendo a única que deve conciliar, ou seja, a presença implícita de um alvo da norma. O ideal é que homens e mulheres conciliem a vida familiar e as atividades dela decorrentes, inclusive as atividades em torno da maternidade e não que impere o status quo segundo o qual homens e mulheres não são iguais perante o trabalho profissional. (PRONI, 2013, p.77)

Esses direitos são um conjunto de medidas entendidos como conciliatórios, como possibilitadores de um equilíbrio entre as exigências do trabalho e das atividades domésticas e também entre homens e mulheres, como a redução e a flexibilidade da jornada, a suspensão do contrato de trabalho, medidas de estimulação à amamentação, coordenação do gozo das férias e licenças, serviços de creche infantil e, mais importante para esse trabalho, licenças familiares, nas quais se incluem a licença-maternidade, a paternidade e a parental (THOME, 2009, p.119), e a liberdade da determinação das mesmas pelo próprio casal responsável.

A garantia da conciliação da vida laboral e familiar como desdobramento do princípio da igualdade entre os sexos deve, todavia ter em conta que essas medidas de conciliação devem possibilitar e fomentar a criação de uma nova corresponsabilidade familiar, com o compartilhamento das responsabilidades familiares e domésticas entre o pai e a mãe ou entre os dois progenitores (em caso de casais homossexuais) e, por isso, as medidas de conciliação serão analisadas sob o enfoque da efetividade ou não de fomento da corresponsabilidade familiar. (THOME, 2009, p.15)

Apesar de a OIT já ter se pronunciado algumas vezes sobre a igualdade de gênero no trabalho com consequências familiares, como as Convenções de números 100, 111, 156 e 183, essas medidas ainda são timidamente discutidas no país e, por isso, é necessário trazer exemplos de direito alienígenas. Entretanto, cada localidade possui um esquema próprio e cheio de variantes a respeito dos direitos de conciliação e, por consequência, da própria licença-maternidade. Em especial para as licenças familiares, que engloba não só o foco dessa monografia como outras modalidades de licença de cuidado, há uma divergência comum em muitos países quanto:

1. Dar apoio ao trabalho familiar e à criação dos filhos e criar um incentivo para que as mulheres deixem a força de trabalho enquanto seus filhos são muito pequenos; ou
2. Facilitar o trabalho feminino fora de casa e ajudar a conciliar o trabalho com a vida familiar por meio da proteção e da promoção do bem-estar das crianças enquanto seus pais estão na força de trabalho; ou
3. Permitir que mulheres e pais escolham entre as opções acima conforme suas próprias preferências. (KAMERMAN, 2012, p.2)

Em alguns países a discussão sobre a igualdade de gênero no cuidado é bastante antiga apesar de ainda carregar esse ranço de que a conciliação é feminina. Note-se no trecho abaixo que a participação masculina no cuidado com os filhos é muito mais valorizada e há muito mais tempo em alguns países europeus do que no Brasil (5 dias) e há o que se chama de licença-parental, uma licença sem gênero pré-definido. Nela o Estado define o apenas o tempo total da licença e o mínimo que cada cônjuge terá gozo, sendo o restante do tempo de livre decisão do casal sobre qual dos dois terá mais aptidão para o cuidado ou mesmo qual terá menos prejuízos no trabalho em razão do afastamento. Para a parturiente, em virtude do revés físico que sofre, normalmente se confere um período mínimo mais alargado do que os indivíduos que não passam por esse processo. Essa é uma medida interessante em muitos aspectos. Ameniza diferenças de gênero no trabalho

e não propaga uma visão de cuidado exclusivo feminino. Não raro mulheres ocupam funções de chefia e cargos comissionados cuja ausência por grande período pode fazê-las desqualificadas para as tarefas a serem desempenhadas.

Segundo se sabe, nos países nórdicos, uma Lei de 1987 já estendia licença de 24 semanas ao pai, após o parto da companheira. Antes disso, a Suécia, em 1976 já havia concedido a licença chamada parental, extensiva ao pai ou à mãe. A Itália, em 1977 e a França em 1984 também asseguraram a licença parental, influenciados pela nova política de ação internacional que marcou o período de transição entre o pátrio poder e o poder parental, que objetivou tornar o pai cada vez mais participante das responsabilidades familiares e, em consequência, impedir que recaíssem exclusivamente sobre as mães os cuidados e a educação dos filhos. (PRONI, 2013, p.40)

Mas em Portugal, país escolhido para um análise um pouco mais aprofundada e comparativa ao Brasil, toda a discussão começa a se acentuar entre o final do século passado e início dos anos 2000 quando começam a ser reconhecidas novas conformações familiares, sejam heterossexuais e, posteriormente, homossexuais, que destoavam da prescrição normativa de proteção constitucional e infralegal das famílias.

Além disso, os materiais e pesquisas acadêmicas desse país seguiram uma linha que muito se aproxima ao exposto nos capítulos anteriores sobre a fixação tradicional do cuidado e das tarefas domésticas como responsabilidades femininas e uma crítica a essa visão a partir de uma visão de igualdade de gênero e corresponsabilidade familiar. Isso deixou em evidência, como no Brasil se começa a aclarar, uma defasagem do tratamento legal às diferenças dentro do contexto de cuidado, seja com os filhos, seja com idosos e portadores de deficiência, como demonstra o trecho abaixo.

As actividades de cuidar, como foi revisto no capítulo anterior, permaneceram ao longo dos séculos, na esfera do feminino, sendo por isso fácil de compreender, e os estudos sociológicos têm-no demonstrado, a forte afinidade existente entre as mulheres e as actividades relacionais, para as quais, foram desenvolvendo competências ao longo do tempo. Contudo, o último século também demonstrou que o facto de as mulheres terem essas competências, não foi impeditivo de desenvolverem outras, tal como os homens têm desenvolvido competências para cuidar e proteger. A entrada das mulheres nos territórios masculinos, bem vinculada na actualidade tem mostrado que não há zonas interditas à “natureza feminina” e que por isso a diferença sexual dos papéis não é um problema de natureza mas de cultura e talvez leis, ou pelo menos ausência delas. (GRILO, 2004, p.4)

A realidade do trabalho feminino em expansão é notoriamente a mola propulsora sobre os direitos de conciliação e, mais especificamente, sobre as licenças maternidade, paternidade e parental. Tudo isso porque trouxe à tona também problemas de política pública de fomento da igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho, uma necessidade emergente na Europa a partir de uma luta de gênero.

Uma política de conciliação deverá combinar um funcionamento mais eficaz do mercado do trabalho com uma otimização dos recursos humanos, procurando eliminar os custos negativos, tendo que passar pela eliminação das barreiras institucionais e culturais que travam a contribuição que as mulheres podem dar para uma maior prosperidade da Europa como sugere a directiva da Comunidade Europeia. (GRILO, 2004, p.11)

Desse modo, Portugal construiu um sistema de licenças mais coerente com as necessidades e mudanças sociais emergentes, pois, lembre-se, a licença-maternidade tem um espectro social, ainda tanto ligado ao trabalho e gênero quanto à promoção do bem dos futuros cidadãos em estado de hipossuficiência e progressiva formação, as crianças, de modo mais proeminente.

Os períodos de licença pós-natal são divididos em licença parental inicial partilhada, exclusiva da mãe e exclusiva do pai. A licença parental inicial pode ter duração de 120, 150 ou 180 dias e a escolha deve ser comunicada à entidade empregadora com antecedência. Dentro desse período deve ser gozada a licença exclusiva da mãe a quem se confere um período obrigatório de gozo de seis semanas, podendo 30 dias serem utilizados antes do parto. Ao pai, fora do prazo parental inicial, prevê-se um tempo obrigatório de 10 dias úteis, 5 logo após o nascimento e os outros 5, corridos ou não, até 30 dias depois. Pode-se estender o período do pai, facultativamente, por mais 10 dias, enquanto a mulher ainda estiver em gozo do período obrigatório, e ainda ter acrescentado 2 dias para cada filho gemelar. O restante do período, aquele que é o resultado da subtração do período da licença obrigatória materna, é livremente repartido pelo casal, havendo apenas a vedação de que usufruam concomitantemente do tempo¹⁰.

Apartadas as questões de adoção e opção sexual, verifica-se na família “tradicional” portuguesa uma maior liberalidade para o casal em fazer a opção sobre

¹⁰ Dados disponíveis em:

<http://www.portaldocidadao.pt/PORTAL/pt/Dossiers/DOS_4+++somos+pais.htm?passo=5>. Acesso em: 20/11/2014.

quem é o mais disponível para realizar os cuidados necessários com o filho recém-nascido. Dito de outra forma, o Estado não se imiscui na autonomia da vontade familiar, em grande medida. Ao fixar períodos mínimos e obrigatórios o poder público apenas ressalta a proteção do direito ao cuidado do hipossuficiente, o bebê, garante à mulher a recuperação física e a coparticipação masculina nesse período delicado. Note-se que o período do pai ainda é razoavelmente diminuto, o que pode denotar a existência de um resquício da visão de gênero nos espaços domésticos.

Todo o demonstrado vem a fazer força sobre o entendimento de que o Brasil ainda tem muito a discutir sobre sua licença-maternidade e paternidade, tanto em termos legislativos como judiciais, mas não enfrenta essa necessidade sozinho, estando acompanhado por outros países, a exemplo de Portugal, que apesar dos avanços ainda tem quesitos a resolver.

Esses problemas pendentes de solução fazem face a questões culturais de origem remota, como o “papel” de gênero, a desigualdade entre homens e mulheres e visão sobre a família tradicional. Contudo, também dizem respeito a contradições jurídicas frente aos princípios constitucionais de igualdade, de proteção à infância, de paternidade responsável e liberdade dos indivíduos. Tudo isso forma um conjunto de quesitos a serem enfrentados para se responder a pergunta proposta se há ou não possibilidade jurídica de prorrogação da licença-maternidade em razão da deficiência da criança. Que nesse ponto de desvinculação de quaisquer pré-concepções começa a se perguntar se seria adequado falar em licença-“maternidade”.

4. INADEQUAÇÃO DO TERMO “LICENÇA-MATERNIDADE”

Esse tópico da monografia se dispõe a fazer um diálogo breve entre a semântica do instituto e o termo “licença-maternidade” com a finalidade de deixar a menor quantidade de lacunas possível no assunto. E se um diálogo, o interlocutor será a inovação de significado legal, social, judicial e doutrinário dado à licença-maternidade.

Inicia-se a análise pela nomenclatura ainda antiga, presente desde sua primeira previsão no ordenamento jurídico nacional e que permaneceu na legislação

trabalhista atual, a CLT. “Licença-maternidade” é a locução mais utilizada, é o *nomen iuris*, por seu uso comum. Associa-se sua popularidade - o motivo pelo qual é essa a expressão usada no presente trabalho - pela presença nas principais legislações do país e ser o termo de busca e referência dos principais órgão do Poder Judiciário.

Esse termo e também o direito trabalhista têm, na origem, direta ligação com o fenômeno “ser mãe” na acepção biológica, conceber e dar à luz, convenção social de origem imemoral e que predominou ao longo da história. E, seguindo a mesma linha ideológica, a dicção constitucional de 1988 modifica um pouco a nomenclatura, trata a matéria como “licença à gestante”. Contudo, o uso permaneceu como licença-maternidade como demonstrado nas decisões ementas citadas acima e textos legislativos pós 88. E, repetindo-se o explorado nas linhas anteriores, o termo é, no seu contexto de nascimento, um direito social da trabalhadora que tenha passado pelo estado de gravidez inicialmente. Seguem-se os exemplos na legislação infraconstitucional.

A Lei nº 8.861/1994 “Dá nova redação aos arts. 387 e 392 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), altera os arts. 12 e 25 da Lei nº 8.212, de 24 julho de 1991, e os arts 39, 71, 73 e 106 da Lei nº 8.213, de 24 julho de 1991, todos pertinentes à *licença-maternidade*” (grifo meu).

A Lei nº 10.421/2002 “Estende à mãe adotiva o direito à *licença-maternidade* e ao salário-maternidade, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991” (grifo meu).

Como último exemplo, a Lei nº 11.770/2008 “Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da *licença-maternidade* mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.” (grifo meu).

Ressalte-se que, com a atribuição da adoção como fato gerador da licença pela Lei nº 10.421/2002, a expressão “licença-maternidade” ainda cumpria seu papel. Todavia, a maternidade passa também a ser afetiva e legal, além de biológica, o que nitidamente torna o nome constitucional (licença à gestante) obsoleto e incompleto. A doutrina e também o judiciário, em uma tentativa de diferenciar ambas as situações, passou usar a locução “licença à adotante”, note-se também uma figura feminina. O que se viu ser uma incorreção, já que a existência das duas,

maternidade e adoção, pode conferir uma diferenciação de filiação vedada pela Constituição Federal.

Ainda mais profunda é, então, a modificação que se opera com o giro de finalidade que se dá para esse afastamento laboral específico. Ao se passar a entender a licença também como uma proteção à criança, o termo maternidade perde o sentido. Se é o cuidado que justifica, “maternidade” não deveria subsistir. Pedro Foltran, desembargador e então vice-presidente da Corte do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, em entrevista especial concedida ao Núcleo de Comunicação desse mesmo Tribunal e realizada em 12 de maio de 2014, afirmou:

A evolução dessas questões está tão rápida que a legislação não tem condições de acompanhar. Ao analisar os casos concretos, a jurisprudência vai se consolidando. Em se tratando do direito à gestante e seus desdobramento, a jurisprudência trabalhista tem se pautado em proteger o nascituro. A visão da justiça é proteger a criança.¹¹

Mais a frente ao ser perguntado sobre se o termo “licença-maternidade” deveria ser alterado em virtude dos casos dessa licença para pais viúvos, solteiros e homoafetivos enfrentados pela Justiça do Trabalho, ele afirma: “Talvez possa mudar o nome. Não seria maternidade, seria uma licença natalidade mesmo, ou uma licença paternidade estendida, para garantir os mesmos efeitos da licença maternidade como ela é hoje.”. Apesar de o magistrado preferir uma nova interpretação à uma mudança radical da nomenclatura, deixa claro que o termo não mais corresponde à totalidade das extensões de tutela que os tribunais reconhecem na licença.

Tendo exposto também uma tendência de dissociação da titularidade de gozo da licença da figura da mulher, já existente no mundo mas ainda dando pequenos passos no Brasil, uma tendência de distribuição da tarefa do cuidado para o(s) ente(s) responsável(s) na família, não importando gênero ou opção sexual, “maternidade” passa a ser definitivamente um chamamento incorreto do que se transformou esse afastamento.

Mais de um século atrás, foram criadas políticas de licença maternidade para proteger a saúde física de mulheres trabalhadoras e de seus bebês na

¹¹ Disponível em: <<http://www.promad.adv.br/noticias/trt-10/234666/licenca-maternidade-deve-garantir-direitos-da-crianca-diz-vice-presidente-do-trt10>>. Acesso em: 20/11/14.

ocasião do nascimento. Com o aumento dramático das taxas de participação da mulher na força de trabalho desde a década de 1960 – especialmente entre mulheres casadas com filhos pequenos –, essas políticas ganharam importância cada vez maior. Mais recentemente, foram criadas licenças para a criação dos filhos, licenças paternidade e licenças parentais, em resposta às necessidades de mulheres (e pais) que trabalham, mas também pela preocupação com o bem-estar da criança. (KAMERMAN, 2012, p.1)

A Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 110/2010, nessa linha de defesa das “novas famílias”, especialmente homoafetivas, sugerida pela então Senadora Marta Suplicy, prevê a alteração do art. 7º, XVIII, CRFB/88, para constar a chamada “licença-natalidade”, que tramita no Congresso Nacional conjuntamente com outra PEC (24/2013) e aguarda parecer da CCJ (Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania). Na justificativa, se expõe:

Nesse mesmo ensejo, propomos que a licença (*natalidade*) respectiva possa ser gozada por qualquer dos pais, e que seja ampliada em qualquer caso para cento e oitenta dias, pois esse evento – o nascimento de um filho – deve merecer crescente atenção do legislador, face não apenas a sua crucial importância, mas também devido à necessidade de uma política estatal brasileira que leve em conta as tendências demográficas atuais e futuras de nossa sociedade e, eventualmente, a elas ofereça um contraponto, se for esse o interesse nacional.¹²

A exposição dos motivos se afasta um pouco do que hoje se compreende sobre a licença no Brasil pois agrega um novo sistema familiar de divisão de tarefas domésticas e laborais a exemplo do que ocorre em alguns países da Europa além de aumentar o período em 60 dias. Fora isso restringe a inovação constitucional ao “nascimento”, quesito ultrapassado nesse trabalho ao se falar que a licença também é pertinente aos adotantes. Todavia, é iniciativa inédita no país, em nível federal, que se compromete com uma correspondência das necessidades sociais em constante aperfeiçoamento com as garantias legais.

Na mesma linha está Maria Berenice Dias, Vice-Presidente Nacional do IBDFam (Instituto Brasileiro de Direito de Família), defendendo a “licença-natalidade”. Não obstante o renome da jurista e a inovação da senadora, natalidade está relacionada com nascimento e, portanto, não abrange casos de adoção, a não ser que se entenda com o termo como a chegada de um novo ser ao lar independentemente da idade.

¹² P. 2-3. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/99060.pdf>>. Acesso em 04/11/14.

Solução interessante nos países europeus, por exemplo, é a licença-parental ou licença-compartilhada ou mesmo uma mistura de ambos os termos. Entretanto, esse afastamento não se compara à “licença-maternidade” brasileira. Enquanto no plano interno foram as extensões da garantia legal através do Judiciário que suportaram as modificações da licença, há normas específicas na Europa, sustentadas em grande parte em Diretivas da OIT que preveem uma realidade muito específica, como demonstrado em tópicos anteriores.

Desse modo, ainda não há no Brasil termo adequado para nomear corretamente a licença-maternidade depois de tantas transformações sofridas e que ainda estão em processo de petrificação com relação à titularidade, alcance e finalidade. Mas é evidente que a semântica e finalidade do instituto não corroboram o texto escrito, necessitando esse último de uma alteração de tratamento para corresponder à real proteção desse direito constitucional.

CAPÍTULO III - O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A PRORROGAÇÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE EM RAZÃO DA DEFICIÊNCIA DA CRIANÇA

É chegado o momento central de discussão dessa monografia. Nesse Capítulo, ao se debruçar sobre as questões pertinentes à deficiência, serão apresentadas justificativas para o termo “deficiência” utilizado, um panorama sobre os direitos desse grupo de indivíduos na órbita nacional e internacional e comentários a algumas das dificuldades enfrentadas pelas famílias e cuidadores das crianças deficientes.

Mais além, essas informações serão úteis, juntamente com as premissas arrecadadas nos capítulos anteriores, no estudo do caso encontrado de prorrogação da licença-maternidade em virtude da deficiência do recém-nascido. A medida em que se analisa a decisão serão inseridas reflexões sobre a integridade no direito e a igualdade na perspectiva de Ronald Dworkin, além da apresentação da solução legislativa adotada em alguns estados-membros e municípios da federação brasileira e, em continuidade com o comparativo do capítulo antecedente, em Portugal, com a finalidade de apresentar algumas tentativas de solução legislativa. Tudo isso para, ao final, apresentar uma conclusão a respeito do objetivo de pesquisa proposto.

1. OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Muitas palavras e locuções foram já utilizadas para se referir ao grupo de indivíduos que têm alguma deficiência na tentativa de incluí-los socialmente sem ofender sua dignidade de pronto pela linguagem utilizada para chamá-los. Dentre as nomenclaturas já ventiladas para uso, há portador de deficiência, portador de necessidades especiais, pessoa portadora de deficiência, pessoa portadora de incapacidades e nenhuma delas é correta ou mesmo totalmente incorreta, livre de discussões. Não há termo unívoco.

Comecemos por deixar bem claro que jamais houve ou haverá um único termo correto, válido definitivamente em todos os tempos e espaços, ou seja, latitudinal e longitudinalmente. A razão disto reside no fato de que a cada época são utilizados termos cujo significado seja compatível com os valores vigentes em cada sociedade enquanto esta evolui em seu relacionamento com as pessoas que possuem este ou aquele tipo de deficiência. (SASSAKI, 2005, p.1)

Sassaki (2005) compila em seu artigo uma tabela que compara a época de utilização das nomenclaturas com o termo usado e o valor que era dado à pessoa com deficiência para demonstrar sua tese. Começa com o termo mais antigo e mais utilizado, “incapacitados”, que está ligado à compreensão de esses indivíduos eram inúteis, um peso morto, um fardo sem valor, direitos e, talvez até, desprovido da qualidade de pessoa.

Nome interessante foi dado no período pós guerras mundiais, “os incapazes”. Com a série de sequelas que os combatentes apresentaram, sejam físicas ou mentais, um avanço foi proporcionado ao agregar ao menos um pouco de valor, ainda que residual, a essas pessoas.

Já a partir da década de 1960, os termos “deficientes”, “defeituosos” e “excepcionais” passaram a ser utilizados de forma a focalizar o que não se era capaz de realizar, aumentando assim o reconhecimento de potencialidade dessas pessoas. Nessa mesma época surgem as primeiras organizações civis de proteção dos direitos das pessoas com deficiência

Desde a década de 1980, todos os nomes passaram a apresentar o antecedente “pessoas”, dado o reconhecimento de sua dignidade intrínseca, e os complementos variaram dentro de uma discussão constante que intentava não ser discriminatória, muito ampla ou muito restritiva, como pessoas especiais ou portadoras de necessidades especiais.

Contudo, desde os anos de 1990, muitos documentos internacionais, a partir de intervenções da própria sociedade civil e movimento de defesa desse grupo, passaram a constar “pessoa com deficiência”. Esse nome toma ainda mais importância no Brasil quando ganha *status* constitucional com a aprovação pelo procedimento especial do art. 5º, §3º, da CRFB/88, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo como emenda constitucional através da promulgação do Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009.

Para se chegar a esse termo podem ser elencados alguns motivos, como:

1. Não esconder ou camuflar a deficiência;
2. Não aceitar o consolo da falsa idéia de que todo mundo tem deficiência;
3. Mostrar com dignidade a realidade da deficiência;
4. Valorizar as diferenças e necessidades decorrentes da deficiência;
5. Combater neologismos que tentam diluir as diferenças, tais como “pessoas com capacidades especiais”, “pessoas com eficiências diferentes”, “pessoas com habilidades diferenciadas”, “pessoas deficientes”, “pessoas especiais”, “é desnecessário discutir a questão das deficiências porque todos nós somos imperfeitos”, “não se preocupem, agiremos como avestruzes com a cabeça dentro da areia” (i.é, “aceitaremos vocês sem olhar para as suas deficiências”);
6. Defender a igualdade entre as pessoas com deficiência e as demais pessoas em termos de direitos e dignidade, o que exige a equiparação de oportunidades para pessoas com deficiência atendendo às diferenças individuais e necessidades especiais, que não devem ser ignoradas;
7. Identificar nas diferenças todos os direitos que lhes são pertinentes e a partir daí encontrar medidas específicas para o Estado e a sociedade diminuïrem ou eliminarem as “restrições de participação” (dificuldades ou incapacidades causadas pelos ambientes humano e físico contra as pessoas com deficiência). (SASSAKI, 2005, p.5)

Desse modo, justifica-se o uso no presente trabalho da terminologia “pessoa com deficiência” ou “criança com deficiência” ou ainda “recém-nascido com deficiência” por sua estatura jurídica de reconhecimento constitucional de modo mais recente e que agrega os valores de igualdade, formal e material, e dignidade humana dessas pessoas.

Ultrapassadas as questões linguísticas, é necessário tecer alguns comentários a respeito da referida convenção cujo conteúdo é compreendido como emenda à Constituição, segundo procedimento especial de internalização do documento pelo art. 5º, §3º, da CRFB/88. Segundo ela a deficiência é um conceito em evolução que está diretamente ligado à igualdade de oportunidades em sociedade com relação às demais pessoas. Não há necessariamente, muito pelo contrário, um consenso sobre o que é a deficiência, pois existe uma diversidade dela incalculável e inclassificável. Contudo, para fins desse documento em apreço, pessoa com deficiência é quem tem “impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas” (artigo 1).

O documento ainda afirma que a existência da própria Convenção é uma significativa contribuição para “corrigir as profundas desvantagens sociais” e

“promover sua participação na vida econômica, social e cultural, em igualdade de oportunidades” e, além disso, que as medidas necessárias para a promoção da igualdade não serão consideradas discriminatórias.

A esse respeito, igualdade de condições ou oportunidades, termos utilizados no texto, Dworkin (2005, p.3) constrói uma reflexão crítica que em muito contribui com esse trabalho. Para começar, ele afirma que “existe uma diferença entre dar um tratamento igualitário às pessoas, com relação a uma ou outra mercadoria ou oportunidade, e tratá-las como iguais.”. Com isso se afasta uma concepção de que a mera compensação das deficiências com benefícios e alguns direitos timidamente concedidos aqui e ali, de fato, satisfaçam as exigências reais por igualdade desse grupo historicamente segregado.

Em alguma medida, seria razoável pensar que a igualdade pode ter uma faceta distributiva e, desse ponto, o autor separa a igualdade de bem-estar (quando se transfere recursos entre os indivíduos até que nenhuma transferência a mais possa deixar as pessoas mais iguais em bem-estar) e a igualdade de recursos (quando nenhuma transferência adicional pode deixar as pessoas mais iguais em suas cotas totais de recursos). Num primeiro momento, tratando como exemplo inclusive o caso da deficiência, é afastada a adequação da concepção de bem-estar¹³ pois essa seria, como uma das objeções, sujeita a questões de ordem de preferência pessoal.

Quando surge a questão de como distribuir as riquezas entre os filhos, por exemplo, parece que os portadores de deficiências físicas ou mentais têm, com toda justiça, direito a uma parcela maior que os outros. O ideal da igualdade de bem-estar pode parecer a explicação plausível para isso. Por serem deficientes, os cegos precisam de mais recursos para alcançar a igualdade de bem-estar. Mas o mesmo exemplo doméstico também oferece pelo menos um problema difícil para esse ideal, pois a maioria das pessoas resistiria à conclusão de que os que têm preferências mais dispendiosas fazem jus, por esse motivo, a uma fatia maior do que a dos outros. (DWORKIN, 2005, p.8)

¹³ “No Capítulo I, disse que o regime de igualdade de bem-estar, ao contrário das impressões iniciais, não explica nem orienta bem nosso impulso de compensar os portadores de deficiências graves com recursos adicionais. Ela não oferece, em especial, nenhum limite de compensação, contanto que qualquer pagamento futuro viesse a aumentar o bem-estar dos desprivilegiados. Mas isso não é generosidade, como poderia parecer, pois deixa o padrão de compensação real à mercê da política essa que, sabemos, fornecerá menos do que qualquer mercado de seguros hipotético e defensável ofereceria.” (DWORKIN, 2005, p.99).

Já a igualdade de recursos pressupõe uma métrica¹⁴ sobre a real importância dos recursos, desse modo, cada pessoa teria o necessário com justiça conjuntamente ao juízo pessoal do que lhe satisfaz. Essa métrica seria importante no “leilão” imaginado para a transação dos recursos entre os indivíduos. Contudo, os indivíduos têm um elemento de sorte na distribuição dos bens *in natura*.

Suponhamos que as faculdades físicas e mentais de qualquer pessoa devam ser consideradas parte de seus recursos, de modo que quem nasce deficiente comece com menos recursos do que os outros e deva ter o direito de se igualar por meio de transferências, antes que o restante seja leiloado em qualquer mercado igualitário. As faculdades físicas e mentais são recursos, realmente, pois são utilizados em conjunto com os recursos materiais para tornar a vida algo de valor. (DWORKIN, 2005, p.100)

Essa é uma visão que arrecada problemas pois não há compensação que restaure um equilíbrio real, uma igualdade absoluta para pessoas diferentes em tantas formas. Para isso agrega-se a liberdade à discussão como uma possibilidade de resolução desse empecilho.

O preconceito, embora obviamente bem diferente das deficiências físicas ou da falta de talentos, é exemplo de um problema estruturalmente semelhante. Assim como algumas pessoas estão em desvantagem porque as preferências de outras não permitem que seus serviços tenham preços altos no mercados, outras pessoas também sofrem por pertencerem a determinada raça, ou ter certas qualidades físicas ou outros, de que seus concidadãos não gostem ou, por algum outro motivo, desejem evitar. Embora seja verdade que a igualdade de recursos é neutra com relação às preferências que impõem a desvantagem no primeiro caso, ela condena as atitudes que geram desvantagens no segundo. Não obstante essa diferença significa apenas que não temos mais motivos para tentar reduzir a desigualdade que brota do preconceito do que para tentar reduzir a desigualdade proveniente de outras fontes. Os esquemas de compensação fundamentados em mercados hipotéticos de seguros, por mais úteis que sejam na atenuação de outras formas de deficiências, são simplesmente inadequados no combate às consequências dos preconceitos. Precisamos descobrir outra maneira, compatível com as outras metas e restrições da igualdade de recursos, de colocar as vítimas em uma posição o mais próxima possível da que ocupariam se o preconceito não existisse. O princípio da independência, com seu impacto negativo e positivo sobre o sistema de liberdade/restrições dos parâmetros igualitários, parece um meio apropriado para se escolher. Portanto, esse princípio não é, afinal, somente um paliativo ad hoc para uma falha isolada da igualdade de recursos, mas

¹⁴ “Toda concepção de igualdade proporciona, por meio da descrição da distribuição ideal, uma métrica da equidade, uma teoria sobre como se deve medir os recursos ao decidir quando as pessoas têm parcelas iguais. A igualdade de recursos utiliza a métrica especial dos custos de oportunidades: determina o valor de qualquer recurso transferível que uma pessoa tem como valor ao qual os outros renunciam porque ele o possui. Julga que tais recursos são simetricamente divididos quando o total de recursos transferíveis de cada pessoa tem o mesmo custo de oportunidade agregado medido dessa forma.” (DWORKIN, 2005, p.202)

pelo contrário, uma consequência, no contexto dos preconceitos, de uma característica muito mais geral dessa concepção de igualdade. (DWORKIN, 2005, p.221)

Mais uma vez, nessa cadência de fatores - que foi produzida não em breves linhas, mas em anos de luta por reconhecimento de direitos - se chega à conclusão que igualdade e liberdade são primados indissociáveis do Estado Democrático de Direito. É na conjunção desses dois princípios que vão se constituindo os direitos fundamentais, direitos esses que se posicionam contrariamente a formas discriminatórias de tratamentos para com as pessoas com deficiência.

Não será possível garantir igualdade enquanto ela não for pensada conjuntamente com a liberdade, como respeito às diferenças que as pessoas possuem (CARVALHO; OLIVEIRA, 2008). Ou, em outras palavras, não é possível que se pense em uma liberdade de ser diferente sem que as pessoas com deficiência tenham o igual respeito e direitos em comparação com outras pessoas. É esse respeito, perseguido nas lutas sociais travadas em prol desse grupo segregado da vida social historicamente, que afasta uma mera compensação e é produtor dos direitos humanos e fundamentais das pessoas com deficiência.

Igualdade, então, é um valor caro e especial para as pessoas com deficiência que englobam tanto um déficit de equidade e justiça formal quanto a material, bens e oportunidades, fazendo-se necessária e justificável toda a sistemática de proteção estabelecida constitucionalmente.

Aprofundando, então, um pouco mais sobre os recursos que se tenta conferir ao grupo em comento, ainda mais especificamente sobre as crianças, sujeitos envolvidos diretamente no presente trabalho, a Convenção referida dispõe que “as crianças com deficiência devem gozar plenamente de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de oportunidades com as outras crianças”, nos seguintes termos do artigo 7:

- 1.Os Estados Partes tomarão todas as medidas necessárias para assegurar às crianças com deficiência o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, em igualdade de oportunidades com as demais crianças.
- 2.Em todas as ações relativas às crianças com deficiência, **o superior interesse da criança receberá consideração primordial.**
- 3.Os Estados Partes assegurarão que as crianças com deficiência tenham o direito de expressar livremente sua opinião sobre todos os assuntos que lhes disserem respeito, tenham a sua opinião devidamente valorizada de acordo com sua idade e maturidade, em igualdade de oportunidades com

as demais crianças, e recebam atendimento adequado à sua deficiência e idade, para que possam exercer tal direito. (grifo não original)

Para tanto, também à família cujo integrante tenha deficiência também são deferidos maiores “recursos”, pois é o núcleo que primeiramente responde pelo cuidado e proteção da pessoa com deficiência e também pelas dificuldades sociais e culturais a serem superadas, resultado de um déficit do recurso da igualdade formal. COLISSI e WENGLING (p.6), por exemplo, afirmando que essas famílias enfrentam maiores obstáculos do que qualquer outra família, demonstra dificuldades de ordem emocional à própria estrutura da família, novos deveres, novas divisões de tarefas e responsabilidades, às vezes, ao ponto de uma desestruturação traumática.

Desse modo, como premissas a serem levadas ao tópico seguinte, é bom repassar que as pessoas com deficiência estão em um nível aquém dos recursos de que goza a maioria da população por uma desigualdade que é estabelecida culturalmente através da exclusão dessas pessoas. Frente a isso, a comunidade internacional e o Brasil se comprometem a promover a igualdade e a liberdade desses indivíduos e, mais especificamente correlacionada à pergunta dessa monografia, se comprometem a promover políticas de promoção à igualdade das crianças deficientes, também a partir de suas famílias.

Assim, não seria destoante da linha de raciocínio que, sendo a licença-maternidade um direito de proteção da criança, as desiguais/com deficiência exigiriam uma licença desigual, em outras palavras, com um período alargado para suprir suas necessidades médicas e de adaptação que por ventura existam proporcionados pelo cuidado familiar. Aqui não se trata de mera compensação em razão da deficiência, mas de considerar a sério que o direito da criança de ser protegida deve ser adequado à realidade e às necessidades daquelas que enfrentam dificuldades decorrentes da deficiência.

Desde logo, é bom ressaltar que foge ao tema determinar quais as deficiências seriam justificantes da prorrogação do prazo, mesmo porque cada caso possui suas peculiaridades e seriam necessários profissionais de variados ramos (médicos de variadas especialidades, assistentes sociais, terapeutas ocupacionais, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, etc) para atestar esse recurso como necessário.

2. ESTUDO DO CASO PARADIGMA

Com a bagagem de todas as considerações até aqui feitas, quer-se discutir agora, mais diretamente, sobre a possibilidade de prorrogação da licença-maternidade em razão do recém-nascido com deficiência frente aos primados constitucionais de igualdade e proteção à criança e, também, respeitando-se os limites jurídicos outros envolvidos. Para tanto, será apresentado o caso paradigma enquanto analisam-se seus fundamentos e argumentos, contidos ou não, que podem embasar a resposta correta ao questionamento feito.

O caso é de uma funcionária da Câmara Municipal de Patos de Minas – MG, que impetrou um mandado de segurança em maio de 2014¹⁵ contra o Presidente dessa mesma Câmara pedindo liminar prorrogação da licença-maternidade de 6 (seis) para 9 (nove) meses. A impetrante deu à luz a trigêmeos em dezembro de 2013 e sua licença-maternidade teria término em junho de 2014.

Os filhos da autora nasceram prematuros e com todas as delicadezas de saúde que acompanham o nascimento antes do tempo (internação em UTI neonatal, baixo peso, formação precária de órgãos vitais, etc). Somado a isso, uma das crianças nasceu com deficiência física, mais especificamente malformações craniofaciais e nas mãos. Em virtude, então, das necessidades especiais de cuidado que os filhos apresentam, a mãe pediu ao órgão judiciário competente mais tempo afastada do trabalho, sem prejuízos à carreira e aos vencimentos, para o cuidado necessário e pertinente a três crianças, sendo uma delas com deficiência.

De início é de se questionar se o mandado de segurança seria o instrumento adequado para a apreciação do problema. Mais diretamente, se há direito líquido e certo à prorrogação e, em especial, sob esse fundamento, das necessidades extras de cuidado. Afinal, não há expressa previsão normativa para a solução desse pedido.

O juiz da 2ª. Vara Cível de Patos de Minas, Macus Caminhas Fasciani, decidiu em 2 de junho de 2014 pela concessão adicional de 3 meses à licença-maternidade em sede de tutela de urgência. Para tanto, na apreciação dos requisitos jurídicos - do *periculum in mora*, do *fumus boni iuris*, da existência de direito líquido e

¹⁵ Processo número 0480.14.007869-6. Sentença disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/7/art20140731-01.pdf>>. Acesso em 20/11/14.

certo ameaçado, do mérito da questão -, o magistrado reconheceu a existência da maternidade como geradora da licença em apreço, e essa última como sendo garante “à mãe que seu filho recém-nascido receba o máximo de atenção e cuidado possível, já que se trata de um ser indefeso que inspira uma atenção especial”.

Desse modo, realizou uma análise do caso como sendo “desigual” e proferiu uma decisão especialmente inquietante por invocar princípios e fatores, na maioria das vezes, desconsiderados em outras decisões judiciais como a necessidade especial de cuidado com a criança com deficiência, a natureza protetiva da licença quanto à criança e a norma defasada. Segundo o entendimento pelo juiz, a norma existente é regra geral que protege gestantes de um único filho em condições normais de saúde. Os fatos são exceção e, portanto, exigiriam tratamento diferenciado.

Note-se que a fundamentação principal se deu quanto à criança com deficiência, deixando apartada, de certa forma, a questão do nascimento trigemelar, e também não é objeto do presente trabalho tratar desse tema. Contudo, como parte da decisão em comento e discussão que também precisa de novas pesquisas e futuras reflexões, sobre o nascimento de trigêmeos é plausível também entender que ao se distribuir o tempo de licença-maternidade de uma criança para três, promove-se um cuidado reduzido para cada uma delas. É um questionamento que subsiste para outros trabalhos, uma inovação que também precisa ser discutida em termos das necessidades infantis e familiares de mais tempo de cuidado.

Retomando, a decisão em comento traz uma argumentação que se repete à linha defendida no começo desse trabalho e que carrega todos os fundamentos lá apresentados sobre a licença-maternidade estar destinada constitucionalmente ao cuidado com o novo ser que ingressa na vida familiar.

A partir desses dados, pode-se, então, inserir o que DWORKIN (1999) chamou de integridade do direito. Segundo esse pensamento, um caso de colisão de princípios ou ausência de normas expressas para solução dos conflitos em direito, como é a presente situação, será necessário perseguir a resposta correta dentro de um sistema coerente, justo e equitativo.

A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha

das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo. (DWORKIN, 1999, p.264)

Ou seja, é a partir de uma coerência com os princípios definidos pela comunidade que os casos difíceis serão solucionados. Indépende que não haja norma ou decisão anterior que responda ao questionamento jurídico feito pois o sistema de valores escolhidos promove uma resposta adequada para os casos.

Os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam. Assim, cada membro aceita que os outros têm direitos, e que ele tem deveres que decorrem dessa sistema, ainda que estes nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados. (DWORKIN, 1999, p.255)

Assim, tendo a igualdade como princípio máximo para justificar a discriminação do caso concreto, a prorrogação da licença concedida não é arbitrária. Em conformidade com o sistema de princípios estatuído com Constituição federal, se aplicaria tal solução não só à impetrante mas à todas em situação similar tal prorrogação. A hermenêutica teleológica também diz, segundo premissa já discutida no Capítulo I, que a licença-maternidade é para a mãe cuidar do filho. Como demonstrado ainda no tópico antecedente, é de direito da criança com deficiência um tratamento que lhe promova os recursos que realmente a tornem igual em condições frente às outras crianças, respeitando suas diferenças.

Por fim, no corpo da fundamentação, mencionaram-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade, igualdade e proteção à criança como fundamento legal. E, como não haviam precedentes, por analogia permitida no art. 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB- Decreto-Lei nº 4657/1942), aplicou o art. 236, §2º, Lei Estadual do Paraná nº 6.174/70¹⁶, pautado também no laudo médico que afirma necessidade de cuidados especiais ao bebê deficiente, e concedeu a prorrogação de 3 meses da licença-maternidade.

¹⁶ “Art. 236 - À funcionária gestante é concedida, mediante inspeção médica, licença por três meses, com percepção do vencimento ou remuneração e demais vantagens legais. § 2º - Quando houver necessidade de preservar a saúde do recém-nascido, a licença poderá ser prorrogada por três meses.”

Essa fundamentação, baseada em lei civil e infraconstitucional, é um contrassenso na medida em que diminui a força cogente dos dispositivos constitucionais por si só. Revela uma visão ainda deturpada das normas civis como regente das relações jurídicas como um todo e como fonte interpretativa de maior importância do que a própria Constituição.

Outro tema que restou pouco discutido nesse tópico é a questão do tempo de prorrogação. A decisão pautou-se em uma analogia remota com dispositivo de outro estado da federação que fixa, sem maiores explicações além da própria escolha política, um período adicional de 3 meses. Esse é, de pronto, um dos direitos que pode vir a compor o que se chama de direitos de conciliação entre trabalho e família no Brasil, mas precisa ser pensado mais responsavelmente. Três meses de afastamento integral do trabalho podem não corresponder às necessidades do bebê com deficiência quanto uma redução de jornada, por exemplo. Pode agravar uma dificuldade de reinserção da mãe no trabalho. Nesse caso a mãe era funcionária pública, contudo, em empregos privados ou trabalhos da iniciativa privada, um grande prejuízo laboral poderia sobrevir. Por último exemplo ainda, 3 meses poderiam ser ainda insuficientes a depender das necessidades específicas de saúde do neonato com deficiência. Uma solução possível mas não menos problemática seria uma avaliação continuada por equipe especializada das necessidades infantis e familiares. Solução essa que estaria de acordo com os preceitos internalizados com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Ainda quanto à aplicação analógica com a lei estadual do Paraná, é de se perguntar se é pertinente. Talvez sua menção tenha se dado apenas pela fixação temporal da prorrogação. Contudo, a utilização de normas de outro ente federativo para complementar o estatuto jurídico do servidor público do Município de Patos de Minas- MG, ainda que dentro de uma mesma comunidade de princípios, fira o pacto federativo, a capacidade legislativa e de autodeterminação de cada um dos entes. Entretanto,

Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas que quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios

exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito. (DWORKIN, 1999, p.229)

Seria ainda em boa hora discutir se seria uma decisão conforme a integridade dos princípios jurídicos que o pai dessa criança com deficiência usufruísse da prorrogação, haja vista o discutido no Capítulo II sobre os reflexos discriminatórios quanto à mulher nos mundos do trabalho e familiar através da licença-maternidade, quem dirá de uma prorrogação dela; sobre também a corresponsabilidade familiar de cuidado e, portanto, a indiferença quanto ao sexo do cuidador que realiza a tarefa precípua de amparar a criança nesse estágio inicial e delicado de desenvolvimento, no caso, ainda, com deficiência comprovada em laudo médico pericial como exigente de maiores cuidados. É mandatório que a liberdade esteja presente para que a igualdade buscada no caso seja plena, uma liberdade relacionada às questões de escolha parental e de paternidade responsável, discutidas também o referido capítulo.

Por última discussão, para a solução do caso, é questionável se seria bastante e suficiente a atuação interpretativa dos juízes no caso concreto. Dito de outro modo, pergunta-se se a normatividade constitucional e internacional seria suficiente para se chegar a uma única conclusão. "O direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes inventam ou descobrem o direito" (DWORKIN, 1999, p.271), tendo em vista a possibilidade de se chegar a uma única resposta correta a partir dos princípios elegidos pela comunidade.

Como se demonstrou com outras problemáticas relacionadas ao desenvolvimento da compreensão da licença-maternidade, a ausência de clareza legal tem levado os juízes e tribunais a tomarem decisões conflitantes. E, nesses termos, apesar de não essencial como demonstra a integridade, seria recomendável maior atividade legislativa no tema.

A prorrogação da licença-maternidade em razão do nascimento de recém-nascido com deficiência não está na agenda do legislador federal. Esse último tem se ocupado mais com o aumento, ainda tímido, da licença paternidade e com a prorrogação em virtude de prematuridade, caso talvez muito similar à criança com deficiência. Assim, o tema desse trabalho não parece estar na agenda de

preocupações, muito provavelmente, porque é difícil a articulação política visível de grupos minoritários.

Entretanto, algumas municípios e estados têm avançado na discussão, como é o caso do projeto de lei nº 8/2013 da Assembleia Legislativa do Ceará que prorroga a licença para mães de crianças com deficiência para 8 (oito) meses¹⁷. Em 2013, no Distrito Federal, houve uma sugestão legislativa similar mas que incluía uma prorrogação também da licença paternidade. Infelizmente, o projeto foi arquivado¹⁸.

Somente a título de exemplo, cita-se novamente o caso português em que há licença de 6 meses prorrogáveis por até quatro anos para assistência do filho com deficiência ou doença crônica, fruível tanto pelo pai quanto pela mãe por livre decisão do casal¹⁹.

Enfim, o magistrado chegou à uma decisão pertinente às necessidades do caso de acordo com o sistema de princípios da comunidade política brasileira, demonstrado ao longo dessa monografia. Fundamentou a prorrogação na função social da licença-maternidade em proteger a criança, em especial, uma com deficiência física e reconheceu a mãe como titular desse cuidado. Não tocou em questões de gênero e família por limites do pedido e, com acerto, indicou que a ausência de norma não afasta a obrigação e o mandamento de decidir coerentemente com o princípio da igualdade.

¹⁷ Disponível em: <<http://www.al.ce.gov.br/index.php/destaques-do-site/item/19133-projeto-amplia-licen%C3%A7a-maternidade-de-m%C3%A3es-de-deficientes>>. Acesso em 20/11/14.

¹⁸ Disponível em: <<http://legislacao.cl.df.gov.br/Legislacao/consultaProposicao-2!9584!2013!visualizar.action>>. Acesso em 20/11/14.

¹⁹ Dados disponíveis em: <http://www.portaldocidadao.pt/PORTAL/pt/Dossiers/DOS_5+++direitos+dos+pais.htm?passo=3>. Acesso em: 20/11/14.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final dessa monografia, faz-se agora uma tecelagem, o mais concisa e fundamentada que se permite, de todo o exposto e discutido para responder ao questionamento de se seria, de fato, juridicamente justificável e relevante, dentro do ordenamento brasileiro, uma prorrogação da licença-maternidade das mães de crianças com deficiência, para além da previsão legal. Resumindo, se essa decisão reflete uma inovação permitida e mandatária dentro de um contexto de integridade e de constitucionalização do Direito; se essa medida estaria de acordo com os preceitos de igualdade, proteção à maternidade, à família e à criança presentes na Carta de 1988.

Primeiramente, no que toca ao foco da licença como período de cuidado com a criança em conciliação com a vida laboral e familiar, ela é uma construção acidentada e relativamente recente. A licença nasceu como um direito trabalhista carregado de estigmas de “papel” doméstico da mulher no início do século XIX. Avançou ao fazer parte de um sistema de políticas pós-parto para garantir o mercado de trabalho feminino no século XX. Passou pelos impasses da maternidade afetiva e biológica, afirmando a indiferença delas para o cuidado do menor e, portanto, a inconstitucionalidade de prazos de licença-maternidade diferenciados. Caminhou também, muito recentemente, ao reconhecer, primeiramente no judiciário e depois através de lei que alterou a CLT, que não é um direito da mãe mas que ela é a principal titular ao se reconhecer que, na ausência dela, seja por morte ou qualquer outro motivo, é direito da criança que outro realize o cuidado.

Desse modo, conclui-se do estudo do Capítulo I, que a criança é a destinatária da proteção da licença-maternidade como atualmente entendida.

Com os movimentos de igualdade de gênero, a licença ganhou uma nova visão, além de ser destinada ao cuidado da criança, não importa o gênero do titular visto que essa é uma responsabilidade familiar. Essa última instituição também sofreu drásticas mudanças de concepção, deixando ainda mais evidente a carência de coerência da concepção tradicional da licença maternidade frente à igualdade e à liberdade.

Não se pretendeu aqui ressignificar os termos de maternidade ou paternidade; ou afirmar que as mães são facilmente dispensáveis e substituíveis no

cuidado com os filhos; ou mesmo ainda declarar que “pai” e “mãe” são conceitos sinônimos e que perdem sentido ante o exposto. A ótica de trabalho não se presta a essas consequências. A exata medida da ideia até aqui desenvolvida é permitir que a mãe possa cuidar sem consequências discriminatórias para si em razão de gênero, seja na vida pública quanto na vida privada, distribuindo essa tarefa familiar e que lhe cai inteiramente nos ombros para todos os capazes de realizá-lo.

Demonstrou-se que o cuidado não pode mais ser entendido como uma tarefa exclusiva feminina, sendo homens também aptos e ansiosos por esse nobre serviço que tem especial proteção e coerência com a Constituição de 88. Homens e mulheres são iguais em direitos e deveres, dentro e fora da família; todas as famílias, sejam monoparentais, heterossexuais ou homoafetivas, recebem igual tratamento; medidas são necessárias para não agravar a discriminação da mulher no mercado de trabalho, especialmente com relação à maternidade e o senso comum de suas habilidades e restrições “naturais”. É o que sugerem os casos estudados do pai biológico e solteiro por fertilização in vitro e barriga de aluguel, realizados no estrangeiro, do casal homossexual do sexo masculino adotante de 3 crianças que obteve por via administrativa o gozo da licença e do casal homossexual do sexo feminino com filhos biológicos e o reconhecimento da dupla-maternidade.

Nesse ponto, o Capítulo II compilou a ideia de que cuidado não tem gênero e que a legislação e as decisões judiciais, apesar de estarem inovando no caminho traçado na CRFB 88, precisam cristalizar a ideia de que o titular da licença deve ser de livre decisão familiar a partir do princípio constitucional da paternidade responsável e da igualdade entre os sexos. Que até mesmo todo o sistema de cuidado familiar precisa ser discutido pela sociedade civil.

Se verificou, a partir do estudo dos casos, que há ainda uma dificuldade de afastar a predominância da concepção tradicional da licença, tendo como titular e responsável a mãe, excluindo-se, por regra, a figura paterna do cuidado, além das “novas”, ou melhor, recém reconhecidas configurações familiares.

Como uma possível solução para essa sociedade pluralista (HABERMAS, 2002, p. 297), buscou-se uma teoria coerente a respeito da licença-maternidade a partir da tese de integridade do direito de DWORKIN (1999) e do princípio da igualdade na resolução do problema chave dessa monografia.

Nessa cadência, os legisladores tomam decisões políticas; os juízes, decisões baseadas em princípios. O legislador estabeleceu uma moldura para a

licença-maternidade no Brasil com uma liberdade que os juízes não dispõem. Esses precisam apresentar argumentos que digam por que as partes realmente teriam direitos e deveres legais “novos”.

Deve considerar provisórios quaisquer princípios ou métodos empíricos gerias que tenha seguido no passado, mostrando-se disposto a abandoná-los em favor de uma análise mais sofisticada e profunda quando a ocasião assim o exigir. Serão momentos especialmente difíceis para qualquer juiz, exigindo novos juízos políticos aos quais pode ser difícil chegar. Seria absurdo que ele sempre terá à mão as convicções de moral política necessárias a tais ocasiões. Os casos muito difíceis vão forçá-lo a desenvolver, lado a lado, sua concepção do direito e sua moral política, de tal modo que ambas se dêem sustentação mútua. Não obstante, é possível que um juiz enfrente problemas novos e desafiadores como a questão de princípios, e é isso que dele exige o direito como integridade. Deve admitir que, ao preferir finalmente uma interpretação à outra de uma série de precedentes muito contestada, talvez depois de uma reflexão que o leve a mudar de opinião, ele está desenvolvendo sua concepção aplicável do direito em uma direção, e não em outra. Esta deve parecer-lhe a direção certa em matéria de princípios políticos, e não uma atração passageira, por proporcionar uma decisão atraente no caso presente. (DWORKIN, 1999, p.308)

A partir desse ponto, é então possível concluir que, dentro do conjunto de princípios constitucionais da comunidade política brasileira de proteção à criança, à pessoa com deficiência, do princípio da igualdade entre gêneros, a corresponsabilidade familiar, estatal e social no cuidado com a criança, sejam eles primariamente constantes do texto ou acrescentados com a internalização da Convenção Internacional sobre os direitos das Pessoas com Deficiência, existe sim uma norma, uma resposta certa que não só autoriza como chega ao ponto de tornar imperativa uma prorrogação da licença de forma multifacetada, tanto com relação ao titular quanto à duração, frente às exigências do caso concreto.

Às pessoas com deficiência é necessário conferir igualdade formal e material e para tanto é imperativo o respeito às diferenças. Com a concessão de tempo adicional de cuidado para o recém-nascido com deficiência não se está meramente compensando ou aumentando sua felicidade em uma perspectiva utilitarista ou de bem-estar, mas afirmando a liberdade de ser diferente dentro da sociedade sem prejuízos a sua igual dignidade como pessoa em relação aos bebês sem deficiência.

Em suma, a partir dos estudos realizados, conclui-se que é juridicamente justificável e relevante, dentro do ordenamento brasileiro, uma prorrogação da licença-maternidade e também da paternidade de crianças com deficiência, para

além da previsão legal, como se começa a discutir nesse trabalho, em alguns projetos de lei raramente espalhados pela federação, na comunidade internacional e no Judiciário brasileiro. Resumindo, isso reflete uma inovação permitida e mandatória dentro de um contexto de integridade e de constitucionalização do Direito; essa medida está de acordo com os preceitos de igualdade, proteção à maternidade, à família e à criança presentes na Carta de 1988.

Ainda restam muitas discussões abertas como o tempo adicional em razão de prematuridade, a licença partilhada entre os pais, o tempo necessário de cuidado de acordo com cada deficiência, o nascimento de múltiplos e suas necessidades únicas, por exemplo. São problemas que não se esgotam aqui, mas que pretende o presente trabalho ter contribuído em alguma medida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUADO, Ana. **Ciudadanía, mujeres y democracia**. *In*: Revista Electrónica de Historia Constitucional, número 6, septiembre 2005, Universidad de Valencia, Espanha.

BACHUR, Tiago Faggionni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença Maternidade e Salário Maternidade. Na Teoria e na Prática**. Franca: Editora Lemos e Cruz, 2011.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. **A licença-maternidade como dever na sociedade contemporânea: uma concepção evolucionista**. *In*: Revista Síntese: trabalhista e previdenciária, v. 24, n. 291, p. 223-236, set. 2013.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 20/11/14.

_____. Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em 20/11/14.

_____. Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Lei nº Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 20/11/14.

_____. Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 20/11/14.

_____. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em 20/11/14.

_____. Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em 20/11/14.

_____. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 20/11/14.

_____. Lei nº 10.421 de 15 de abril de 2002. Estende à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade, alterando a Consolidação das Leis do

Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10421.htm>. Acesso em 20/11/14.

_____. Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm>. Acesso em 20/11/14.

_____. Lei nº 12.873 de 24 de outubro de 2013. Autoriza a Companhia Nacional de Abastecimento a utilizar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, para a contratação de todas as ações relacionadas à reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras próprias destinadas às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários em ambiente natural; altera as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, e 8.213, de 24 de julho de 1991, o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1942 - Consolidação das Leis do Trabalho, as Leis nºs 11.491, de 20 de junho de 2007, e 12.512, de 14 de outubro de 2011 (...). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm>. Acesso em 20/11/14.

CALIL, Léa E. Silingowschi. **História do direito do trabalho da mulher: aspectos histórico-sociológicos do início da República ao final deste século**. São Paulo: LTr, 2000.

CARVALHO Netto, Menelick de. & OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair. **Igualdade como diferença, liberdade como respeito**. Faculdade de Direito da UnB e SINDJUS/DF. *In*: Constituição & Democracia, nº 26, outubro de 2008.

COLISSI, Aricelli Natus; WENGLING, Maria Isabel. **Pais de filhos com deficiência mental: sentimentos, vivências e desafios perante a sociedade**. Disponível em: <<https://psicologia.faccat.br/moodle/pluginfile.php/197/course/section/98/aricelli.pdf>>. Acesso em: 20/11/14.

DIAS, Maria Berenice. **O modelo de família para a nova sociedade do Século XXI**: entrevista. Revista Jurídica Consulex, Brasília - DF, nº 171, 29 fev. 2004, p. 8-10.

DWORKIN, Ronald Myles. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOLTRAN, Pedro. Licença maternidade deve garantir direitos da criança, diz vice presidente do TRT10: entrevista. Disponível em: <<http://www.promad.adv.br/noticias/trt-10/234666/licenca-maternidade-deve-garantir-direitos-da-crianca-diz-vice-presidente-do-trt10>>. Acesso em 20/11/14.

GARCIA, Maria. **Os direitos humanos da criança e a licença-maternidade: a interpretação constitucional e uma questão de linguagem**. *In*: Revista de direito constitucional e internacional, v. 20, n. 79, p. 57-71, abr./jun. 2012.

GRILO, Eugénia Nunes. **O cuidar: o dever e o direito**. 2004. Disponível em: <<http://repositorio.ipcb.pt/handle/10400.11/231>>. Acesso em: 20/11/14.

HABERMAS, Jürgen. **Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia**. In: A inclusão do outro – estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

KAMERMAN, SB. **Políticas de licença maternidade, licença paternidade e licença parental: impactos potenciais sobre a criança e sua família**. Rev ed. In: Tremblay RE, Boivin M, Peters RDeV, eds. *Enciclopédia sobre o Desenvolvimento na Primeira Infância [on-line]*. Montreal, Quebec: *Centre of Excellence for Early Childhood Development e Strategic Knowledge Cluster on Early Child Development*; 2012:1-4. Disponível em: <<http://www.encyclopedia-crianca.com/documents/KamermanPRTxp1-Licenca.pdf>>. Acesso em 20/11/14.

MARQUES, Carmo; TAVARES, Manuela; MAGALHÃES, Maria José. **Políticas e família: orientações legislativas em Portugal, nos últimos anos**. Disponível em: <http://www.aps.pt/cms/docs_prv/docs/DPR49f730477056c_1.pdf>. Acesso em 20/11/14.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. Nota técnica nº 150/2014 - CGNOR/DENOP/SEGE/MP. Disponível em: <<http://www.utfpr.edu.br/comissoes/30horas.tas/NOTA%20TECNICA%20150%20-%202012-1.pdf>>. Acesso em 20/11/14.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **O direito do pai viúvo à licença-maternidade**. In: Consulex: revista jurídica, v. 16, n. 367, p.43, maio de 2012.

_____. **O trabalho da mulher: das proibições para o direito promocional**. São Paulo: LTr, 1996.

OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurábi!** A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. In: Sua excelência o comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

PORTO, Noêmia A. Garcia. **ENTRE O GLOBAL E O LOCAL: o princípio fundamental da igualdade no trabalho na perspectiva de gênero**. Caderno Jurídico do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, Volume 3, Série 5, 2009. Disponível em: <www.escolajudicial.trt10.jus.br>. Acesso em: 20/11/14.

PORTO, Noêmia A. Garcia; SILVA, Janaína L. Penalva da. **Maternidade Compartilhada**. In: Revista do Direito Trabalhista, v.18, n. 7, p.10, jul. 2012.

PRONI, Thaíssa T. da R. Weishaupt. **Proteção constitucional à maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal**. São Paulo: LTr, 2013.

SÃO PAULO (Estado). Lei nº 1596 de 29 de dezembro de 1917. *Reorganisa o Serviço Sanitário do Estado*. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1917/lei-1596-29.12.1917.html>>. Acesso em 27/10/14.

SASSAKI, Romeo Kazumi. **Como chamar as pessoas que têm deficiência?**

Disponível em: <<http://www.educacao.salvador.ba.gov.br/site/documentos/espaco-virtual/espaco-educar/educacao-especial-sala-maria-tereza-mantoan/ARTIGOS/Como-chamar-a-pessoa-que-tem-deficiencia.pdf>>. Acesso em: 20/11/14.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA RMS 33255 PE 2010/0212237-9 (STJ) Data de publicação: 08/06/2011).

TIMM, Jordana Wruck; SANTOS, Maria Souza dos. **O cuidar e a criança pequena.**

Disponível em:

<<http://www.uces.br/etc/conferencias/index.php/anpedsul/9anpedsul/paper/viewFile/289/305>>. Acesso em: 20/11/14.

THOME, Candy Florencio. **Direitos de conciliação entre trabalho e família: licença-maternidade e licença-paternidade.** São Paulo: LTr, 2009.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. MSTR: 95991 RN 0007271-94.2006.4.05.8400, Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena, Data de Julgamento: 07/12/2006, Primeira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 16/01/2007 - Página: 595 - Nº: 11 - Ano: 2007.

XIMENES, Júlia Maurmann. **Levantamento de dados na pesquisa em direito: a técnica de análise de conteúdo.** Disponível em:

<http://www.idp.edu.br/component/docman/doc_details/145-levantamento-de-dados-na-pesquisa-em-direito--a-tecnica-da-analise-de-conteudo>. Acesso em: 22/10/2014.